

297.44

KHO

k @.1

KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA



Thesis

Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum
Oleh:

M. ABDUL KHOLIQ
NIM. B4A.96.016

Pembimbing: Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.

**PROGRAM PASCA SARJANA
MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2001**

**MENYETUJUI UNTUK DIPERTAHANKAN
DALAM UJIAN TESIS**

Semarang, 10 April 2001

Pembimbing,



Prof.Dr. Barda Nawawi Arief, SH.
NIP. 130.350.519

**PROGRAM PASCA SARJANA
MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2001**

**KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
DI INDONESIA**

Disusun Oleh:

M. ABDUL KHOLIQ
NIM. B4A.96.016

Dipertahankan di depan Dewan Penguji

Pada tanggal : 10 Mei 2001

Tesis ini telah diterima

Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar

Magister Ilmu Hukum

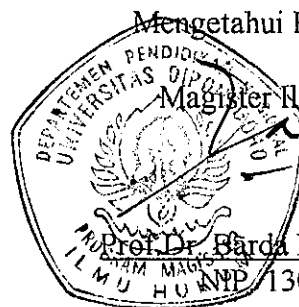
Pembimbing



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.
NIP.130.350.519

Mengetahui Ketua Program

Magister Ilmu Hukum



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.
NIP.130.350.519

MOTTO

“Sesungguhnya Allah tidak akan merubah nasib seorang manusia kecuali manusia itu sendiri mau berusaha untuk merubahnya” (Q.S Ar-Ra’du : 11).

PERSEMBAHAN

Penelitian ini selain sebagai persembahkan keilmuan, secara khusus ingin peneliti persembahkan kepada:

1. Al-Marhumain kedua orang tua peneliti yaitu al-hajj Abdul Fattah dan al-hajjah Mahmudah ghafarallaahu lahumaa, sebagai tanda bakti;
2. Seluruh kakak kandung peneliti (K.H Ahmad, K.H Ahmadi, MA., Drs.K. Maula Alhadi, Drs. Rahmadi, Musyri’ah dan Hj. Shofiatun), sebagai tanda ta’dhiem; dan
3. Istri tercinta peneliti (Sri Nur Fatimah) serta kedua anak tersayang (Della Nanda Luthfiana dan Kamila Nadya Khairany).

KATA PENGANTAR

Syukur al-hamdulillah yang sedalam-dalamnya penulis panjatkan ke hadirat Allah SWT atas limpahan rahmat, hidayat dan i'anat-Nya kepada penulis selama ini. Atas qudrat dan iradat-Nya serta dengan rahman rahim-Nya pula, akhirnya penulis bisa menyelesaikan Program Studi Pasca Sarjana (Magister) bidang Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang. Kemurahan, petunjuk dan pertolongan Allah SWT tersebut sungguh penulis rasakan khususnya dalam menyelesaikan tugas penulisan thesis ini, sehingga sekalipun selama proses penyusunan banyak sekali peristiwa suka duka yang menyertainya, tetapi akhirnya penulis dapat menyelesaikannya juga.

Thesis berjudul: “KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA” ini, penyusunannya adalah dilatar bekangi oleh kondisi riil hukum pidana Indonesia (khususnya KUHP) yang memerlukan aktualisasi di antaranya melalui upaya pembaharuan. Hal ini mengingat berdasarkan alasan-alasan yang bersifat historis, politis, sosiologis maupun adaptif, KUHP Indonesia memang kurang dapat dipertahankan eksistensinya sebagaimana adanya seperti sekarang ini. Dalam usaha pembaharuan tersebut, maka sebagai produk hukum yang nantinya akan bersifat nasional, penyusunan KUHP Baru memang harus menyerap dan mengakomodasikan berbagai sumber bahan tentang nilai-nilai hukum yang terdapat dalam berbagai macam elemen bangsa. Salah satu di antara sumber bahan tersebut adalah nilai-nilai yang terkandung dalam hukum pidana Islam yang merupakan salah satu ajaran integral dari agama Islam sebagai agama yang faktanya merupakan mayoritas dipeluk, diyakini dan diikuti oleh penduduk

Indonesia. Jadi, diharapkan dari penulisan thesis ini dapat kiranya menjadi sedikit sumbangan pemikiran bagi kebijakan penyusunan dan penyempurnaan KUHP Baru yang prosesnya sedang berjalan dewasa ini.

Penulis menyadari bahwa keberhasilan dalam menyelesaikan penulisan thesis ini, sungguh tidak terlepas dari adanya keterlibatan dan bantuan berbagai pihak . Oleh karena itu dengan segala kerendahan hati penulis ingin menyampaikan terima kasih yang setulus-tulusnya dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat:

1. Bapak **Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH** selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang dan sekali gus juga selaku dosen pembimbing penyusunan thesis dari penulis. Sungguh dari beliauah penulis memperoleh banyak sekali ilmu pengetahuan khususnya dalam bidang ilmu hukum pidana. Dengan penuh kesabaran, ketekunan dan keikhlasan, beliau juga banyak memberikan motivasi belajar dan motivasi hidup kepada penulis hingga studi pada program Magister Hukum UNDIP yang diakhiri dengan penyusunan thesis ini dapat terselesaikan.
2. Bapak **alm. Prof. H. Purwahid Patrick, SH.** selaku mantan Ketua Program Magister Hukum UNDIP yang telah memberikan kesempatan, dorongan serta berbagai fasilitas yang menunjang proses penyelesaian thesis penulis khususnya pada saat awal penyusunannya.
3. Bapak **Prof. Dr. Muladi, SH.**, Bapak **Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.**, Bapak **Prof. Dr. I.S. Susanto, SH.**, Bapak **Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH.**, Bapak **Prof. Ronny Hanitijo Soemitro, SH** serta semua dosen Program Pasca

Sarjana Ilmu Hukum UNDIP yang telah berkenan menularkan banyak ilmunya serta memberikan motivasi kepada penulis untuk mengembangkannya di mana semua itu sungguh sangat bermanfaat dalam menunjang karir penulis sebagai staf edukatif.

4. Bapak **Drs. Syamsul Anwar, MA** selaku nara sumber dalam bidang hukum Islam yang telah banyak memberikan kesempatan berdiskusi dan wawasan ilmunya kepada penulis sehingga berbagai kesulitan pemahaman mengenai beberapa konsep pemikiran hukum pidana Islam yang penulis rasakan saat penyusunan thesis dapat teratasi.
5. Bapak **Mukhlis, SH** selaku staf Bidang Dokumentasi pada Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Departemen Kehakiman RI (Dep. Keh. dan HAM) Jakarta, yang telah banyak membantu penulis dalam mencari, menemukan dan mengumpulkan data khususnya yang berkaitan dengan informasi tertulis tentang Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia.
6. Bapak **KH. Ahmadi AF., MA** yang selalu meluangkan waktunya untuk berdiskusi dengan penulis khususnya berkaitan dengan pemahaman berbagai referensi hadits nabi tentang hukum pidana Islam sesuai back ground ilmu beliau yang Magister Hadits dari Al-Jami'ah Ummul Qura, Makkah, Saudi Arabia.
7. Bapak **Prof. H. Zaini Dahlan, MA** selaku Rektor Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah berkenan memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti jenjang pendidikan pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP Semarang.

8. Pimpinan dan seluruh rekan Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, atas dorongan semangat yang mendukung penyelesaian studi penulis pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP Semarang, terutama kepada Bapak **Hanafi, SH. MH** dan Bapak **Machsun Thabrany, SH. MHum** yang melalui gayanya masing-masing selalu men-support penulis selama ini.
9. Semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu atas peran sertanya baik secara langsung maupun tidak langsung yang telah menunjang keberhasilan studi penulis, terutama yang berkaitan dengan upaya penyelesaian penulisan thesis ini.
10. Kemudian sebagai akhir penghaturan terimakasih, keberhasilan studi dan penyelesaian thesis ini, secara khusus ingin penulis persembahkan kepada kedua orang tua almarhumain yakni Bapak **H. Abdul Fattah** dan Ibu **Hj. Mahmudah** serta kepada seluruh kakak kandung penulis yang selalu memberikan iringan do'a dan dorongan moral bahkan seringkali material sehingga benar-benar menambah kekuatan penulis untuk menyelesaikan studi ini. Begitu pula tidak mungkin lupa kepada istriku tercinta **Sri Nur Fatimah** dan kedua anakku tersayang **Della Nanda Luthfiana** dan **Kamila Nadya Khairany**, penulis juga ingin menyampaikan terima kasih yang khusus atas dukungan semangat, pengertian dan do'a-do'anya sehingga semuanya itu telah memacu penulis dalam menyelesaikan thesis ini. Semoga Allah SWT yang Maha Pemurah berkenan membalas budi baik semua pihak tersebut di atas, Amien.

Selanjutnya sebagai penutup Kata Pengantar, penulis ingin menegaskan bahwa karya ilmiah thesis ini adalah hasil maksimal yang dapat penulis sajikan dengan

segala keterbatasan dan kekurangan yang ada. Oleh karena itu, menyadari jauhnya kata sempurna dalam thesis ini maka penulis sangat mengharapkan kritik dan saran yang konstruktif dari para pembaca yang budiman untuk perbaikan di masa mendatang. Semoga laporan penelitian thesis ini bisa bermanfaat dan mencapai tujuan seperti yang diharapkan.

Yogyakarta-Semarang, Akhir Mei 2001

Penulis,

M. Abdul Kholiq, AF.
NIM: B4A. 096. 016

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERSETUJUAN	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
HALAMAN PERSEMBAHAN	iv
HALAMAN KATA PENGANTAR	v
HALAMAN DAFTAR ISI	x
ABSTRAK	xiii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	8
C. Tinjauan Pustaka	11
D. Tujuan Penelitian	28
E. Kontribusi Penelitian	28
F. Metode Penelitian	29
BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DAN EKSISTENSI HUKUM PIDANA ISLAM DI INDONESIA	36
A. Pengertian Hukum Pidana dan Masalah-Masalah Dasarnya	36
B. Pengertian, Ruang Lingkup dan Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana	40

C. Kebijakan Sumber Bahan dalam Pembaharuan Hukum Pidana ...	48
D. Eksistensi Hukum Pidana Islam di Indonesia	57
BAB III DESKRIPSI SINGKAT TENTANG HUKUM PIDANA ISLAM.	78
A. Istilah Hukum Pidana Islam	78
B. Sumber Aturan Hukum Pidana Islam	87
C. Tujuan Pembentukan Hukum Pidana Islam	92
BAB IV KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM DALAM	
 PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA	104
A. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Tindak Pidana	105
A.1 Konsep Hukum Islam Tentang Tindak Pidana	105
A.2 Konsep Rancangan KUHP Baru Tentang Tindak Pidana	181
A.3 Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam Dengan	
Konsep KUHP Baru Tentang Tindak Pidana Dan Proyeksi	
“Ideal” Kebijakan Legislatifnya Di Masa Mendatang	204
B. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Pertanggung Jawaban	
Pidana	222
B.1 Konsep Hukum Islam Tentang Pertanggung Jawaban	
Pidana	222
B.2 Konsep Rancangan KUHP Baru Tentang Pertanggung	
Jawaban Pidana	237
B.3 Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam Dengan Konsep	

KUHP Baru Tentang Pertanggung Jawaban Pidana Dan Proyeksi “Ideal” Kebijakan Legislatifnya Di Masa Mendatang	257
C. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Sanksi Pidana	271
C.1 Konsep Hukum Islam Tentang Sanksi Pidana	271
C.2 Konsep Rancangan KUHP Baru Tentang Sanksi Pidana ...	315
C.3 Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam Dengan Konsep KUHP Baru Tentang Sanksi Pidana Dan Proyeksi “Ideal” Kebijakan Legislatifnya Di Masa Mendatang	333
BAB V PENUTUP	349
A. Kesimpulan	349
B. Saran / Rekomendasi	375
DAFTAR PUSTAKA	382

ABSTRAK

Hukum pidana Indonesia khususnya yang termaktub dalam KUHP, berdasarkan alasan-alasan yang bersifat historis, politis, sosiologis maupun adaptif sudah saatnya diadakan pembaharuan. Dalam upaya pembaharuan yang dilakukan dengan cara menyusun RUU KUHP Baru yang dewasa ini tengah diproses, adalah seharusnya apabila memperhatikan dan mengakomodasikan nilai-nilai hukum yang terkandung dalam berbagai macam elemen bangsa. Sebab KUHP Baru nanti akan menjadi produk hukum yang berlaku secara nasional bagi seluruh golongan penduduk Indonesia.

Berdasarkan perspektif sosio-historis dan yuridis-konstitusional (c.q pasal 29 UUD 1945), keberadaan hukum pidana Islam sebagai bagian integral dari ajaran agama Islam adalah sangat berpeluang dan legitimate untuk dikontribusikan sebagai salah satu sumber bahan bagi penyusunan RUU KUHP Nasional Indonesia mendatang.

Secara garis besar, prinsip-prinsip pemikiran dalam hukum pidana Islam yang dapat dikontribusikan tersebut adalah mencakup keseluruhan masalah dasar yang ada dalam hukum pidana yakni masalah tindak pidana, masalah pertanggung jawaban pidana dan masalah sanksi pidana. Berdasarkan penelitian dengan kajian analisis komparatif, diperoleh hasil bahwa setidaknya ada sejumlah enam konsep pemikiran Islam yang prospek untuk dikontribusikan bagi penyempurnaan penyusunan RUU KUHP Nasional Indonesia mendatang. Keenam pemikiran itu ialah yang berkait dengan konsep-konsep tentang: (1) asas legalitas materiel, (2) asas retro aktif, (3) kualifikasi tindak pidana dalam sistematika hukum pidana, (4) status niat dari seseorang dalam melakukan tindak pidana beserta implikasi hukumnya, (5) masalah ketidak mampuan bertanggung jawab atas tindak pidana yang dilakukan seseorang, dan (6) konsep tentang falsafah dan tujuan pemidanaan serta stelsel pidana yang victim oriented (memperhatikan korban kejahatan) sebagai penyeimbang terhadap konsep hukum yang offender oriented (memperhatikan pelaku kejahatan).

Berbagai konsep pemikiran Islam di atas yang berdasarkan kajian analisis komparatif menunjukkan adanya "nilai plus" dibanding dengan konsep pemikiran yang terancang dalam R-KUHP yang telah tersusun sekarang ini, secara keseluruhan direkomendasikan agar dapat diakomodasikan dalam penyempurnaan penyusunan RUU KUHP Nasional mendatang. Harapan dan tujuannya ialah agar KUHP mendatang bisa mendekati perwujudan konsep hukum yang "ideal" sebagaimana dicita-citakan oleh segenap elemen bangsa.

ABSTRACT

Based on the historical, political, and sociological reasons found, Indonesian Penal Law in KUHP (Indonesian Penal Law Book) strongly needs to be reformed. In the process of structuring draft for the new KUHP, as a step for the reformation, aspirations, in legal concepts from all of the societies must be considered. This is very important as this new Indonesian Penal Law will be applied nationally for all classes among citizens.

From socio-historical and legal-constitutional point of view (article 29 of UUD 1945), the existence of Islamic Penal Law as a part of Islamic teachings bring to the possibility for Islamic Penal Law to contribute for the establishment for the draft of new KUHP.

In general, there are three legal principles in which Islamic Penal Law can be considered as one of the sources of Indonesian Penal Law, they are: criminal offense, criminal responsibility and criminal punishment. Based on the research and comparative study done so far, can be noticed that there are no less than six Islamic legal concepts can be contributed in constructing draft for new KUHP. Those elements are: (1) the concept of the principle of legality subject, (2) the principle of retro active, (3) the qualification for the criminal offence in the system of penal law, (4) the intention for a crime offence and its implication, (5) the irresponsibility of a criminal offender, and (6) the concept and philosophy for the purposes for punishment towards the establishment of a victim oriented penal system as a counter-balance for offender oriented penal system.

The mentioned Islamic legal concepts, based on the research, considered to be better compared to the parallel concepts in the draft for new KUHP. As a result, it is strongly recommended to consider those Islamic penal law concepts in establishing the new KUHP to achieve an ideal Penal Law for Indonesia.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Salah satu agenda penting dalam pembangunan hukum di Indonesia dewasa ini ialah masalah pembaharuan Hukum Pidana. Ada beberapa alasan yang merupakan latar belakang pentingnya ada kebijakan mengenai pembaharuan hukum pidana tersebut. Antara lain pertama, dilihat dari segi historis-politis, kita ketahui bahwa KUHP yang berlaku sekarang ini adalah "warisan" dari masa Hindia Belanda dahulu. Ia diciptakan dan diformat untuk suatu masyarakat kolonial dengan norma-norma yang disesuaikan dengan kebutuhan jamannya. Setelah negara kita Republik Indonesia merdeka, maka sudah seharusnya apabila kita memiliki suatu KUHP baru, suatu KUHP nasional yang sesuai dengan jaman, kebutuhan dan aspirasi dari suatu bangsa yang telah merdeka. Selain hal ini dimaksudkan sebagai manifestasi dari semangat nasionalisme, pada hakekatnya dimilikinya KUHP nasional tersebut juga merupakan suatu simbol yang menunjukkan kedaulatan yang sesungguhnya dari suatu bangsa yang merdeka baik dalam arti berdaulat secara politis maupun secara yuridis. Justru barangkali terasa janggal apabila dalam iklim kemerdekaan, kita tetap mempergunakan KUHP produk kolonial, yang dalam beberapa norma hukumnya sering dipraktekkan (baca: ditegakkan) dengan etos kolonialisme baik secara eksplisit maupun secara implisit (perhatikan misalnya penerapan pasal-pasal tentang Haatzai Artikelen selama ini).

OPT-PUSTAKA-UNDIP

Kedua, secara sosiologis, KUHP sekarang ini telah mencapai usia 3/4 abad lebih (yaitu berlaku di Indonesia sejak tahun 1918). Dapat diduga bahwa dalam rentang waktu yang demikian lama ini, adalah wajar diasumsikan telah terjadi banyak perubahan dalam masyarakat Indonesia tempat KUHP produk kolonial tersebut berlaku. Konsekwensinya, berbagai norma yang terdapat di dalamnya lambat laun akan menjadi tidak sesuai lagi. Berbagai ketentuan yang diwujudkan oleh politik hukum pidana pada masa lampau yang mencerminkan nilai-nilai masyarakat terdahulu mengenai apa yang baik (diperbolehkan) dan apa yang buruk (terlarang) dapatlah kiranya dipertanyakan tentang sejauh mana relevansinya dan keserasiannya dengan kebutuhan masyarakat pada jaman dimana kita hidup sekarang ini. Untuk kepentingan aktualisasi nilai-nilai sosiologis yang memerlukan pengaturan hukum inilah antara lain yang menjadi pendorong perlunya diadakan pembaharuan hukum pidana nasional. Disamping itu dari perspektif sosiologis ini, harus diakui bahwa beberapa norma hukum dalam KUHP sekarang memang kurang mencerminkan nilai-nilai yang menjadi falsafah hidup dan diyakini oleh bangsa Indonesia (perhatikan misalnya perumusan delik perzinaan sebagaimana tercantum dalam pasal 284 KUHP). Oleh karenanya perlu ada pembaharuan hukum pidana yang lebih mengakar pada nilai-nilai falsafah hukum bangsa kita sendiri.

Ketiga, secara praktis, KUHP yang berlaku di Indonesia sekarang ini nama aslinya adalah W.v.S - N.I (Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie). Adalah suatu fakta bahwa sampai saat ini pemerintah RI belum pernah menerbitkan suatu buku terjemahan dari W.v.S. - N.I yang bersifat resmi sebagai pedoman, sehingga akibatnya dalam masyarakat beredar banyak sekali KUHP-

KUHP terjemahan dalam bahasa Indonesia. Seperti KUHP terjemahan Moeljatno, R. Sugandhi, R. Soesilo dan lain-lain. Masing-masing dari terjemahan tersebut secara etimologis, (ditinjau dari segi susunan bahasa atau kalimat) selalu terdapat perbedaan-perbedaan. Hal ini dimungkinkan terjadi karena pemahaman orang terhadap spirit dan makna bahasa hukum Belanda yang ada dalam W.v.S - N.I juga berbeda-beda. Sementara itu dalam realitasnya semakin sedikit pula diantara para hakim sebagai penegak hukum inti yang betul-betul memahami makna bahasa Belanda yang sesungguhnya sebagaimana tertuang dalam norma-norma hukum W.v.S - N.I. Memperhatikan fakta yang demikian, maka wajar apabila di Indonesia dewasa ini lahir sebuah KUHP Nasional yang berbahasa nasional (Indonesia) agar mudah dipahami dan mudah diterapkan sesuai dengan "spirit of law" yang terkandung di dalamnya.

Sebenarnya masih ada beberapa alasan lain yang merupakan latar belakang perlunya diadakan pembaharuan hukum pidana.¹⁾ Namun dari berbagai macam alasan yang ada, intinya dapat ditegaskan bahwa dewasa ini pembaharuan hukum pidana (baca : KUHP) merupakan suatu keharusan yang tidak dapat ditawar lagi.

Menurut Soedarto, sesungguhnya pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh itu harus meliputi pembaharuan hukum pidana material (substentif),

¹⁾ Muladi, mislanya menyebutkan bahwa selain tiga macam alasan di atas ada juga suatu alasan yang bersifat adaptif. Yaitu pembaharuan hukum pidana nasional perlu diadakan adalah karena tuntutan jaman bahwa di masa-masa mendatang KUHP Nasional agar dapat menyesuaikan diri dengan berbagai perkembangan baru khususnya perkembangan internasional tentang nilai-nilai/hal-hal yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab. (Lihat Muladi dalam "Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang", Pidato pengukuhan guru besar ilmu hukum pidana pada Fakultas Hukum UNDIP Semarang tanggal 14 Februari 1990).

hukum pidana formal (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana.²⁾ Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama-sama diperbaharui. Bila hanya salah satu bidang saja yang diperharui sedang bidang yang lain tidak, maka akan timbul kesulitan dalam pelaksanaannya, dan tujuan pembaharuan secara keseluruhan tidak akan tercapai sepenuhnya yakni untuk penanggulangan kejahatan. Hal ini mengingat ketiga bidang hukum pidana tersebut saling terkait secara erat serta harus saling menunjang dalam rangka pencapaian tujuan. Namun dalam penelitian ini, mengingat luasnya permasalahan di bidang hukum pidana di atas, maka untuk selanjutnya pengkajiannya akan diarahkan kepada pembahasan hukum pidana material (khususnya dalam hal ini ialah pembaharuan KUHP).

Ditinjau dari segi "political will", usaha peran-cangan KUHP Baru sebagai salah satu wujud dari pembaharuan hukum pidana material, sebenarnya telah dilaksanakan secara cukup intensif. Secara garis besar, konsep rancangan KUHP Nasional yang selama ini pernah tersusun antara lain dapat disebutkan: (1) Konsep KUHP Rancangan tahun 1964; (2) Konsep KUHP Rancangan tahun 1968; (3) Konsep KUHP Rancangan tahun 1971/1972; (4) Konsep KUHP Rancangan tahun 1975; (5) Konsep KUHP Rancangan tahun 1982/1983; dan (6) Konsep KUHP Rancangan tahun 1991/1992. Hingga saat sekarang ini apa yang disebut dengan KUHP Nasional tersebut masih saja merupakan konsep yang belum final. Informasi berdasarkan pemberitaan di media massa³⁾ disebutkan bahwa konsep KUHP

²⁾ Sudarto, *"Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia dan Perkembangan Masyarakat"* (Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana), Penerbit Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 60. Lihat juga Sudarto dalam *"Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia"*, salah satu makalah dalam simposium *"Pembaharuan Hukum Pidana Nasional"*, Penerbit Bina Cipta, Jakarta, 1986, hal. 27.

³⁾ *Harian Kompas*, edisi tanggal 27 Desember 1995.

Rancangan tahun 1991/1992 sekarang sedang mengalami penyempurnaan draft academic di Sekretariat Negara untuk disusun sebagai Rancangan Undang-Undang (RUU) dan selanjutnya diajukan dalam pembahasan di forum legislatif (DPR).

Adanya beberapa konsep KUHP yang telah berhasil dirancang tersebut, memperlihatkan bahwa tampaknya perubahan waktu dengan berbagai peristiwa yang mengandung aspek hukum berdampak pada perubahan pemikiran mengenai pembaharuan hukum pidana. Implikasinya ialah hampir pada tiap tahun rancangan KUHP yang ada, ternyata secara material selalu mengalami perubahan (walau tidak terlalu banyak) baik tentang substansinya, formulasi pasalnya maupun sistematikanya. Perubahan demi perubahan itu sendiri pada dasarnya tidak terlepas dari pertimbangan-pertimbangan politis, filosofis, sosiologis dan pertimbangan praktis serta adaptif yang menjadi alasan dilakukannya pembaharuan KUHP. Tujuannya adalah agar perumusan ketentuan dalam KUHP Baru nanti benar-benar merupakan produk kesadaran hukum masyarakat Indonesia sendiri atau paling tidak merupakan perumusan yang dekat dengan kesadaran hukum masyarakat Indonesia.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka permasalahan yang kemudian timbul adalah apa sajakah bahan-bahan hukum yang sekiranya dapat dijadikan sumber perumusan dalam pembaharuan hukum pidana kita agar hukum yang lahir nanti dapat benar-benar mencerminkan kesadaran hukum masyarakat Indonesia? Persoalan yang demikian ini muncul mengingat bahwa berdasarkan produk-produk pengalaman historis yang ada selama ini, dalam kehidupan hukum di Indonesia realitasnya telah berkembang berbagai "sistem hukum" secara bersamaan. Seperti

sistem hukum yang bersumber dari produk-produk hukum Barat (masa kolonial Belanda), hukum adat, berbagai hukum agama (Islam, Budha, Hindu, Katholik/Kristen) dan lain-lain.

Oleh karenanya, memperhatikan kenyataan yang demikian maka usaha pembaharuan KUHP harus ditunjang dan dilengkapi dengan berbagai studi yang mendalam mengenai sumber-sumber hukum tersebut. Dalam hubungannya dengan persoalan sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana tersebut, kiranya relevan untuk dikemukakan penjelasan Sunaryati Hartono, selaku mantan Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) sebagai berikut :

Sumber hukum manapun juga sebenarnya dapat dipergunakan dalam proses pembangunan dan pembinaan hukum nasional, asal saja bahan (sumber) hukum tersebut : (a) tidak bertentangan atau sesuai dengan kebutuhan hukum seluruh masyarakat Indonesia baik untuk saat ini maupun di masa mendatang, dan (b) tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945.⁴⁾

Dalam penelitian ini, kajian mengenai elemen-elemen pendukung pembaharuan hukum pidana nasional tersebut akan dibatasi pada elemen berupa sumber hukum agama (c.q. khususnya hukum agama Islam). Dalam konteks pembatasan yang demikian, maka langkah pengkajian pertama-tama akan diarahkan terlebih dahulu pada deskripsi tentang kedudukan hukum pidana Islam ditinjau dari konfigurasi (kerangka) pembangunan hukum nasional secara umum dan ditinjau dari kerangka pembaharuan hukum pidana material (KUHP) secara khusus. Arti penting dari kajian masalah di atas ialah untuk memperoleh gambaran yang sesungguhnya mengenai peluang keberadaan hukum pidana Islam dalam

⁴⁾ Sunaryati Hartono, "Pembinaan Hukum Nasional pada Pembangunan Jangka Panjang Tahap II dalam Konteks Hukum Islam", Artikel pada majalah *Mimbar Hukum*, edisi no. 8 tahun IV Oktober 1993.

memberikan kontribusi sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana nasional (KUHP) di Indonesia. Selanjutnya, kajian baru akan diarahkan kepada inti permasalahan dalam penelitian ini yakni kontribusi apa saja yang dapat diberikan oleh hukum pidana Islam dalam pembaharuan hukum pidana Islam di Indonesia yang sedang berlangsung dewasa ini.

Urgensi dari kajian terhadap masalah kontribusi hukum pidana Islam di atas adalah mengingat bahwa KUHP (Nasional) sebagai hukum publik, nantinya akan berlaku terhadap seluruh Warga Negara Indonesia (WNI) termasuk pula tentunya kaum muslimin Indonesia yang keberadaannya bersifat mayoritas. Dalam konteks demikian adalah sangat wajar apabila dalam penyusunan KUHP Baru ini hendaknya dipikirkan pula suatu policy (kebijakan) tentang sejauh mana KUHP Baru tersebut dapat benar-benar akomodatif dan memanifestasikan nilai-nilai agama Islam (baca : hukum pidana Islam) yang diyakini oleh sebagian besar penduduk Indonesia. Pemikiran terhadap perlunya kebijakan yang demikian, secara teoritis dapat kita temukan justifikasinya pada teori tentang efektivitas keberlakuan hukum yang telah dibuat. Maksudnya dalam ilmu hukum, sudah lazim dipahami bahwa hukum sebagai kaidah akan berfungsi secara efektif di masyarakat (dalam arti ditaati) apabila hukum tersebut keberadaannya telah memenuhi prinsip-prinsip keberlakuan hukum baik secara yuridis, sosiologis maupun filosofis. Artinya penentuan dan pembuatan hukum tersebut telah sesuai dengan tata cara yang ditetapkan, didasarkan atas hirarkhi norma hukum yang lebih tinggi, diberlakukan oleh suatu kekuasaan umum dan diterima oleh masyarakat serta sesuai/tidak bertentangan dengan cita-cita hukum suatu masyarakat sebagai nilai

positif tertinggi dalam falsafah hidup masyarakat itu.⁵⁾ Dalam masalah efektivitas berlakunya hukum di tengah masyarakat tersebut, Bustanul Arifin menyatakan bahwa sebuah peraturan hukum adalah peraturan untuk masyarakat, dalam arti peraturan yang berlaku dalam suatu masyarakat. Karena itu untuk membuat peraturan hukum yang akan bisa diterima dan dirasakan masyarakat tersebut sebagai hukum, haruslah si pembuat peraturan hukum itu, mengetahui dan memiliki pengertian yang dalam tentang segala aspek dalam masyarakat itu sendiri baik yang berupa aspek politik, ekonomi, budaya, dan lain sebagainya.⁶⁾

Berdasarkan uraian di atas, maka keberadaan hukum Islam atau lebih khusus lagi hukum pidana Islam sebagai salah satu aspek/nilai dari ajaran agama yang dianut dan diyakini oleh sebagian besar penduduk Indonesia, adalah wajar dan bahkan seharusnya mendapat perhatian yang besar pula dalam setiap segi pembangunan hukum di negara kita (tidak terkecuali pembaharuan hukum pidana nasional) yang sedang dilaksanakan dewasa ini. Tentu saja tuntutan adanya perhatian besar tersebut tidak harus diartikan sebagai "menganakemaskan" keberadaan hukum pidana Islam dibanding hukum-hukum pidana agama lain yang sama-sama berpeluang sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan pemaparan latar belakang masalah di atas, maka sebagai

⁵⁾ Soerjono Soekanto, *"Penegakan Hukum"*, Penerbit Bina Cipta, Jakarta, 1981, hal. 29.

⁶⁾ Bustanul Arifin, *"Membangun Ilmu Hukum Indonesia"*, Kata pengantar dalam buku disertasi karya Rifyal Ka'bah, *"Hukum Islam di Indonesia"*, Penerbit Universitas Yarsi, Jakarta, 1999, hal. xii.

penegasan dapat dirumuskan beberapa masalah berikut ini :

1. Bagaimanakah peluang keberadaan hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia ?
2. Kontribusi apakah yang dapat diberikan oleh hukum pidana Islam bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia dalam merumuskan kebijakan mengenai masalah tindak pidana ?
3. Kontribusi apakah yang dapat diberikan oleh hukum pidana Islam bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia dalam merumuskan kebijakan mengenai masalah pertanggungjawaban pidana ?
4. Kontribusi apakah yang dapat diberikan oleh hukum pidana Islam bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia dalam merumuskan kebijakan mengenai masalah sanksi pidana ?

Sehubungan dengan beberapa permasalahan seperti telah dirumuskan di atas, ada hal-hal yang perlu untuk dijelaskan yang bersifat sebagai kerangka berfikir peneliti dalam menjawab permasalahan-permasalahan tersebut dan sekaligus juga bersifat sebagai pembatasan ruang lingkup masalah-masalah yang akan diteliti sebagai berikut:

1. Dalam membahas permasalahan pertama, penelitian akan ditekankan kajiannya pada deskripsi/gambaran tentang kedudukan hukum pidana Islam dalam konfigurasi pembangunan hukum nasional pada umumnya dan khususnya dalam kerangka pembaharuan hukum pidana material (baca: pembaharuan KUHP) di Indonesia. Latar belakang dan urgensi pembahasan terhadap masalah ini ialah karena upaya pembaharuan hukum pidana itu seperti telah dikemukakan

terdahulu memerlukan masukan dari berbagai macam sumber bahan yang salah satu diantaranya berupa nilai-nilai hukum agama (c.q. hukum pidana Islam). Dalam rangka inilah maka perlu diteliti bagaimanakah sesungguhnya peluang keberadaan hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia mendatang.

2. Dalam membahas pemasalahan kedua, ketiga dan keempat yakni mengenai pemikiran-pemikiran apa saja yang berkaitan dengan masalah tindak pidana, pertanggung-jawaban pidana dan sanksi pidana yang dapat dikontribusikan oleh hukum pidana Islam bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia, terlebih dahulu peneliti perlu menguraikan konsep-konsep pemikiran Islam mengenai 3 (tiga) masalah dasar yang ada dalam hukum pidana. Urgensi pembahasan terhadap masalah-masalah tersebut di atas ialah untuk mengungkap dan menemukan asas-asas dan nilai-nilai hukum apakah yang terkandung dalam kaidah-kaidah normatif hukum pidana Islam. Dalam penelitian ini, peneliti perlu menegaskan bahwa yang dimaksudkan dengan konsep-konsep pemikiran hukum pidana Islam ialah konsep-konsep pemikiran sebagaimana tercermin dalam tradisi hukum fiqih mengenai jinayat. Artinya, selain yang terdapat di dalam nash-nash hukum tekstual Qur'an atau Sunnah yang menggariskan asas-asas atau prinsip hukum pidana Islam yang umumnya bersifat global, juga termasuk interpretasi yuridis atas asas-asas tersebut yang dilakukan oleh para fuqoha (ahli hukum Islam) melalui lembaga ijtihad yang kemudian dikenal dengan sebutan "tradisi hukum fiqih jinayat". Konsep-konsep pemikiran Islam tentang masalah-masalah dasar hukum pidana diatas, selanjutnya akan dikaji secara komparatif dengan konsep-konsep pemikiran tentang masalah-masalah

dasar hukum pidana yang menjadi landasan penyusun Rancangan KUHP Baru sebagaimana tercermin dalam Buku I tentang Ketentuan Umum. Rancangan KUHP Baru yang dipergunakan sebagai *ius comparatum* dalam studi perbandingan ini adalah Naskah Rancangan Tahun 1991/1992 dan dilengkapi pula dengan Naskah Tahun 1999/2000. Studi perbandingan ini dimaksudkan untuk menentukan pemikiran-pemikiran alternatif yang mungkin dapat ditawarkan/dikontribusikan oleh hukum pidana Islam bagi upaya untuk mencapai pembaharuan hukum pidana yang ideal di Indonesia. Dari hasil perbandingan, pembahasan selanjutnya baru akan diarahkan pada prediksi mengenai bagaimana seharusnya mengimplementasikan sumbangan prinsip-prinsip hukum pidana Islam bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia tersebut kedalam suatu kebijakan legislatif (rumusan peraturan perundang-undangan).

C. Tinjauan Pustaka

Secara substansial, prinsip-prinsip tentang kebijakan atau politik pembangunan hukum nasional dapat kita temukan didalam berbagai Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) khususnya yang merupakan Tap tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN). Seperti Tap No. II/MPR/1993, Tap No.II/MPR/1998 dan Tap No.IV/MPR/1999. Di dalam GBHN tersebut, sepanjang menyangkut tentang politik pembangunan hukum nasional antara lain disebutkan bahwa :

"Sasaran pembangunan di bidang hukum adalah terbentuk dan berfungsinya Sistem Hukum Nasional yang mantap, bersumberkan Pancasila dan UUD 1945 dengan tetap memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku, yang mampu menjamin kepastian, ketertiban,

penegakan dan perlindungan hukum yang berintikan kebenaran dan keadilan serta mampu mengamankan dan mendukung pembangunan nasional, yang didukung oleh aparaturnya hukum, sarana dan prasarana yang memadai serta masyarakat yang sadar dan taat hukum".⁷⁾

Rumusan yang agak panjang dari kebijakan GBHN tentang sasaran dari pembangunan di bidang hukum di atas, apabila dirinci ke dalam unsur-unsur maka akan tampak dasar-dasar kebijakan tersebut sebagai berikut:

1. Perlu dibentuk suatu Sistem Hukum Nasional yang dapat berfungsi secara mantap.
2. Pembentukan dan Fungsi Sistem Hukum Nasional itu harus bersumber pada Pancasila dan UUD 1945.
3. Pembentukan dan fungsi Sistem Hukum Nasional itu harus tetap memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku (di masyarakat).
4. Tujuan dibentuknya Sistem Hukum Nasional itu adalah untuk menjamin kepastian, ketertiban, penegakan dan perlindungan hukum yang berintikan kebenaran dan keadilan serta mampu mengamankan dan mendukung pembangunan nasional.
5. Pembangunan di bidang hukum tersebut hanya mungkin terlaksana apabila didukung oleh faktor aparaturnya hukum, sarana dan prasarana serta kesadaran dan ketaatan hukum masyarakat.

Berdasarkan penegasan GBHN yang kemudian tampak lebih jelas dalam lima dasar kebijakan tentang pembangunan di bidang hukum pada PJPT II di atas, dapat disimpulkan bahwa dengan demikian sebenarnya pembangunan di bidang hukum itu meliputi 3 (tiga) sasaran inti (obyek). Yaitu (1) pembangunan materi

⁷⁾ Ketetapan MPR No. II/MPR/1993 tentang Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN).

hukum (2) pembangunan aparatur hukum, dan (3) pembangunan sarana dan prasarana hukum. Namun dalam penelitian ini, demi untuk tetap terjaganya relevansi tema, maka pembahasan selanjutnya akan lebih diarahkan pada uraian mengenai bagaimana konsep dasar pembangunan materi hukum nasional kita mendatang.

Pada dasarnya prinsip-prinsip kebijakan yang terkandung di dalam GBHN khususnya yang berkait dengan pembangunan materi hukum, antara lain dapat dijabarkan sebagai berikut :⁸⁾

- a) Bahwa materi hukum yang dibangun adalah meliputi baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis.
- b) Bahwa pembangunan materi hukum adalah mencakup 3 (tiga) program pokok yaitu perencanaan hukum, pembentukan hukum serta penelitian dan pengembangan hukum dan ilmu hukum.
- c) Bahwa program perencanaan hukum diselenggarakan secara terpadu dan meliputi semua bidang pembangunan agar produk hukum yang dihasilkan dapat memenuhi kebutuhan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara dalam segala aspeknya.
- d) Bahwa program pembentukan hukum harus bersumber kepada Pancasila dan UUD 1945 dengan tetap mengindahkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan kebenaran dan keadilan, nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat serta nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-

⁸⁾ Dikutip dari TAP MPR No. II/MPR/1993 tentang GBHN dengan pengolahan kembali redaksionalnya oleh peneliti.

undangan yang berlaku.

- e) Bahwa program pembentukan hukum juga harus memperhatikan kenyataan berupa adanya kemajemukan tatanan hukum yang berlaku di masyarakat.
- f) Bahwa program pembentukan hukum juga harus diarahkan pada sasaran untuk menggantikan produk-produk hukum kolonial yang tidak sesuai dengan spirit of law berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.
- g) Bahwa program penelitian dan pengembangan hukum serta ilmu hukum dilaksanakan secara terpadu dengan cakupan yang meliputi semua aspek kehidupan masyarakat sehingga hukum nasional yang terbentuk diharapkan senantiasa akan dapat menunjang dan mengikuti dinamika pembangunan serta sesuai dengan perkembangan aspirasi masyarakat.
- h) Bahwa dalam rangka pembangunan hukum perlu pula untuk lebih ditingkatkan upaya pembaharuan hukum yang diselenggarakan secara terarah dan terpadu yakni antara lain dengan melakukan unifikasi dan modifikasi bidang-bidang hukum tertentu.
- i) Bahwa pembangunan hukum yang mengarah pada sasaran akhir yakni terbentuknya Sistem Hukum Nasional harus berorientasi pada maksud tujuan untuk mengabdikan kepada kepentingan nasional serta dapat menjadi dasar untuk menjamin agar masyarakat dapat menikmati kepastian hukum, ketertiban hukum dan perlindungan hukum yang berintikan kebenaran dan keadilan, mampu menumbuhkan dan mengembangkan disiplin nasional serta dapat mendukung terciptanya stabilitas nasional yang mantap dan dinamis.

Dari sejumlah prinsip atau kebijakan dasar tentang pembangunan materi hukum nasional di atas, dalam hubungannya dengan masalah pembaharuan hukum pidana nasional, yang menarik untuk digaris-bawahi adalah kebijakan yang menyangkut tentang pembaharuan hukum dan cara bagaimana pembaharuan hukum tersebut harus diselenggarakan (lihat butir d, e dan f). Artinya pembaharuan hukum nasional sebagai salah satu bentuk atau wujud dari pembangunan hukum nasional adalah diarahkan pada kegiatan legislasi yang bersifat memperbaharui sebagian dari tata hukum nasional kita yang sekarang sudah ada dan masih berlaku tetapi dinilai kurang atau bahkan tidak sesuai dengan jiwa/semangat hukum berdasarkan Pancasila dan UUD 1945. Misalnya masih berlakunya sejumlah besar produk hukum masa kolonial di era kemerdekaan sekarang ini (seperti KUHP) atau masih eksisnya beberapa produk hukum pasca kemerdekaan baik pada masa Orde Lama maupun Orde Baru yang dinilai kurang sesuai dengan spirit of law berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Menurut penelitian Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) diketahui bahwa program pembaharuan hukum nasional tersebut direncanakan akan mencakup penyesuaian terhadap kurang lebih 400 buah produk hukum kolonial dan nasional yang dinilai kurang atau tidak sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945. Prioritas pembaharuan akan diterapkan pada hukum yang bersifat umum dan mendasar yang menguasai hajat hidup rakyat banyak (seperti hukum pidana, hukum perdata, hukum dagang, hukum acara perdata, dan sebagainya), serta hukum lainnya yang bersifat khusus dan sektoral (seperti hukum tentang Perseroan Terbatas dan

Yayasan).⁹

Khusus dalam konteks pembaharuan hukum pidana nasional, prinsip-prinsip yang menjadi pedoman pelaksanaannya tentu harus mengacu kepada kebijakan-kebijakan dasar sebagaimana telah digariskan oleh GBHN mengenai pembangunan hukum nasional secara umum di atas. Karena pembaharuan hukum pidana nasional pada hakekatnya adalah bagian integral dari pembangunan hukum nasional secara keseluruhan.

Sehubungan dengan masalah politik atau kebijakan dalam pembaharuan hukum pidana nasional ini, sepanjang menyangkut permasalahan mengenai sumber bahan yang harus diperhatikan, ada satu hal yang perlu ditekankan kembali disini yaitu bahwa sumber atau bahan-bahan tersebut (apapun wujudnya), secara ideal-konstitusional haruslah mencerminkan orientasi terhadap nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila dan UUD 1945. Pengambilan bahan-bahan bagi upaya pembaharuan itupun harus pula memperhatikan dan mengakomodasikan realitas kemajemukan tatanan (nilai) hukum yang berlaku di masyarakat. Adakalanya kemajemukan tatanan hukum tersebut bersumber dari karena adanya perbedaan agama, perbedaan adat, budaya dan lain sebagainya. Namun yang pasti realitas berupa adanya heterogenitas tatanan hukum itu harus menjadi bahan pertimbangan yang mendasar/utama dalam pembaharuan hukum pidana nasional. Sebab kalau tidak demikian, maka berarti belum atau bahkan tidak ada pembaharuan. Dalam hubungan ini, kiranya tepat sekali apa yang dinyatakan oleh Barda Nawawi Arief selaku salah seorang anggota tim Perancang KUHP Nasional

⁹⁾ Abdurrahman, *"Beberapa Aspekta tentang Pembangunan Hukum Nasional"*, Penerbit PT Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1995, hal. 88.

sebagai berikut :

"Pembaharuan hukum pada hakekatnya merupakan suatu upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (re-orientasi dan re-evaluasi) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif dari hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau W.v.S).¹⁰⁾

Selanjutnya, berdasarkan kebijakan mengenai sumber bahan bagi upaya pembaharuan hukum pidana (KUHP) Nasional seperti dijelaskan di atas, hal yang masih perlu ditegaskan lagi ialah persoalan mengenai sejauhmana kebijakan akomodatif (yang harus memperhatikan) kemajemukan berbagai bahan dari tatanan hukum yang ada dalam masyarakat tersebut dapat diterapkan (diimplementasikan) dalam perumusan KUHP baru mendatang? Dengan kata lain, apakah eksistensi dari beragam macam tatanan hukum di masyarakat yang bersumber dari beragam macam agama, budaya, adat dan sebagainya itu dapat diberlakukan secara murni/total untuk menjadi bahan/bagian dari hukum pidana nasional kita mendatang sesuai dengan konsep semula yang ada dalam bahan tersebut? Ataukan implementasi tersebut hanya sebatas pada pengambilan asas-asas dari berbagai macam tatanan hukum yang ada khususnya yang memiliki persamaan sehingga dapat dinilai sebagai asas hukum nasional ?

Untuk memperjelas permasalahan politik/kebijakan tentang sumber bahan tersebut, dalam hal ini sangat relevan kiranya untuk disimak penjelasan Sunaryati

¹⁰⁾ Barda Nawawi Arief, "*Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*", Penerbit Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hal. 32.

Hartono yang intinya kurang lebih sebagai berikut:¹¹⁾ bahwa dalam rangka membangun Sistem Hukum nasional, baik melalui pembaharuan hukum maupun pembangunan hukum yang baru sama sekali, agar hukum nasional tersebut tetap benar-benar memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku di dalam masyarakat, maka unsur-unsur atau komponen berupa hukum adat, hukum agama Islam, Budha, Hindu, dan Kristen/Katholik, ataupun juga dari hukum Barat yang hingga saat ini masih berlaku dalam masyarakat kita, bahkan juga (atas dasar pertimbangan adaptif bagi kecenderungan internasional) sumber-sumber hukum dari negara lain yang semula belum dikenal dalam tata hukum kita (seperti hukum Inggris, hukum Amerika, hukum Jepang dan lain sebagainya) serta asas-asas maupun ketentuan hukum internasional, semuanya itu dapat dipakai sebagai bahan penyusunan hukum nasional kita. Namun demikian setiap bahan hukum yang akan digunakan untuk menyusun Hukum Nasional tersebut terlebih dahulu harus sudah diuji dan diteliti apakah asas, norma, pranata, lembaga atau praktek hukum itu sesuai dengan nilai-nilai dan pandangan hidup bangsa Indonesia atau tidak. Jadi dalam hal ini yang menjadi batu ujian adalah nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945. Dengan demikian, sekalipun budaya hukum itu berasal dari budaya asli masyarakat Indonesia (seperti hukum adat misalnya), namun apabila dalam kenyataannya asas tersebut justru bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945, maka bahan hukum tersebut perlu dikesampingkan. Sebaliknya, walaupun bahan tersebut berasal dari bahan hukum asing atau asas hukum yang belum pernah

¹¹⁾ Sunaryati Hartono, "*Politik Hukum dan Pembangunan Hukum dalam Pembangunan Jangka Panjang Tahap II*", Artikel pada majalah hukum *PROJUSTISIA*, Fakultas Hukum UNPAD, Bandung, edisi Tahun XI No. 4, Oktober 1993.

dikenal oleh masyarakat Indonesia, namun apabila asas tersebut sesuai dengan nilai-nilai kehidupan berbangsa dan bernegara menurut Pancasila dan UUD 1945, maka bahan atau sumber hukum tersebut tentu dapat dipakai dalam penyusunan Hukum Nasional. Jadi dengan demikian, dalam konteks pembaharuan hukum pidana (KUHP) Nasional tersebut, tentunya bahan hukum yang sangat heterogen (majemuk) dalam kehidupan masyarakat yang berupa apa saja (agama, budaya/adat, dan sebagainya) itu dapat dipergunakan (atau terbuka lebar peluangnya) untuk menjadi bahan penyusunan pembaharuan hukum. Hanya saja prasyarat yang mesti dipenuhi ialah bahwa semua sumber bahan tersebut harus mengalami proses filterisasi (penyaringan/ penyesuaian) dengan prinsip-prinsip hukum yang terkandung di dalam Pancasila dan UUD 1945 sebagai "Ground Norm".

Khusus yang berkaitan dengan posisi dari keberadaan sumber bahan berupa hukum Islam dalam konfigurasi pembangunan hukum nasional pada umumnya dan pembaharuan hukum pidana nasional pada khususnya, Sunaryati Hartono lebih jauh menjelaskan sebagai berikut :

"Tentunya tidaklah menjadi tujuan hukum nasional atau unifikasi hukum nasional untuk menghapuskan nilai-nilai luhur dalam hukum Islam. Karena, selain hal tersebut secara filosofis tidak pernah menjadi tujuan, juga secara sosiologis maupun politis tidak akan mungkin dapat dilaksanakan. Sebaliknya, justru nilai-nilai hukum Islam itu menjadi tumpuan (basic value) dibangunnya hukum nasional disamping tentunya juga nilai-nilai kebangsaan yang memang menjadi pendorong dibentuknya bangsa/nation Indonesia serta negara Republik Indonesia, dan juga nilai-nilai luhur lainnya seperti yang terkandung di dalam hukum adat serta hukum dari agama-agama selain Islam yang diakui secara sah oleh UUD 1945".¹²⁾

Penjelasan-penjelasan di atas secara implisit menggambarkan kepada kita

¹²⁾ Sunaryati Hartono, *op. Cit.*, *Pembinaan Hukum*

bahwa dalam rangka pembangunan hukum nasional ini, kedudukan hukum Islam sebenarnya adalah prospektif. Dalam artian, sangat berpotensi untuk menjadi salah satu bahan/sumber hukum bagi pembentukan hukum nasional itu sendiri. Kedudukan agama Islam dalam konteks hukum ini secara yuridis konstitusional juga dilegitimasi oleh pasal 29 UUD 1945 yang menyatakan bahwa: (1) Negara berdasar atas Ke-Tuhanan Yang Maha Esa, (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.¹³⁾ Bahkan secara lebih transparan, legitimasi tersebut juga dikuatkan oleh ketentuan pasal 4 ayat (1) UU No. 14/1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa peradilan dilakukan Demi Keadilan Berdasarkan Ke-Tuhanan Yang Maha Esa.¹⁴⁾ Penegasan yang lebih menekankan unsur keagamaan secara umum dan unsur Ketuhanan Yang Maha Esa secara khusus di atas, harus dipahami bahwa kedua unsur tersebut adalah bersifat sentral dan esensial dalam konteks hukum dan sistem hukum yang dewasa ini sedang dibangun dalam kerangka pembentukan suatu Sistem Hukum Nasional.

Jaminan konstitusional bagi penerapan hukum-hukum keagamaan di atas, secara teoritis juga dijustifikasi oleh perspektif teori-teori tentang berlakunya hukum agama (dalam hal ini khususnya hukum Islam) yang berkembang di Indonesia. Salah satu diantara teori-teori tersebut adalah yang disebut dengan "Teori Penaatan Hukum". Menurut teori ini, setiap orang Islam pada dasarnya

¹³⁾ Naskah UUD 1945 yang disalin dari Berita Republik Indonesia Tahun II No. 7 tanggal 14 Februari 1946 dengan penyesuaian menurut EYD, diterbitkan oleh Panitia Penataran P-4, UII, Yogyakarta. TA. 1995/1996.

¹⁴⁾ UU No. 14 /1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman, Penerbit PT Bina Aksara, Jakarta, 1996.

diperintahkan untuk taat kepada Allah dan Rasul-Nya yang telah menetapkan hukum-hukum bagi kehidupan manusia secara pasti dan jelas. Sehingga konsekuensinya, menurut ajaran teori ini berlaku prinsip bahwa bagi orang Islam berlaku hukum Islam tanpa dikaitkan dengan keadaan sosiologis dalam masyarakat dimana hukum Islam tersebut eksis. Karena demikianlah sebenarnya hakekat ajaran Islam.¹⁵⁾

Sementara itu, Sayuti Thalib pernah juga mengajukan suatu teori berlakunya hukum Islam di Indonesia ini yang disebut dengan nama "Teori Receptio a Contrario". Secara garis besar teori ini mengajarkan bahwa pada prinsipnya bagi orang Islam berlaku hukum Islam. Karena hal yang demikian ini memang sesuai dengan cita-cita hukum dan keyakinan serta moralnya. Hukum adat (juga hukum-hukum lainnya dalam kehidupan kenegaraan), berlaku bagi orang Islam sepanjang tidak bertentangan dengan agama Islam dan hukum Islam. Basis filosofi dari teori ini ialah bahwa di dalam negara Indonesia merdeka yang berdasarkan Pancasila dan UUD 1945, semestinya orang-orang beragama pada dasarnya tunduk taat kepada hukum agamanya. Sebab sila pertama dari Pancasila, juga kedua ayat yang ada dalam rumusan pasal 29 UUD 1945 yaitu yang berisi konsep tentang Ke-Tuhanan Yang Maha Esa, hakekatnya berisi maksud dan tujuan tersebut. Teori ini disebut Receptio a Contrario karena memuat ajaran yang merupakan kebalikan dari teori Receptie-nya Christian Snouck Hurgronje yang sangat kontroversial (karena mengajarkan bahwa hukum Islam

¹⁵⁾ Ichtiarto, "Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia", makalah dalam editing buku *"Hukum Islam di Indonesia: Perkembangan dan Pembentukan"*, Penerbit PT Remaja Rosda Karya, 1991, hal. 102-103.

hanya dapat berlaku bagi orang pribumi beragama Islam apabila Hukum Islam tersebut telah diterima dan menyatu menjadi hukum adat setempat).¹⁶⁾

Terlepas dari adanya justifikasi teoritis maupun yuridis bagi berlakunya hukum Islam sebagaimana dikemukakan diatas, secara realitas dalam hubungan ini perlu pula disadari bahwa bangsa Indonesia adalah terdiri atas berbagai macam golongan penduduk yang menganut agama dan kepercayaan yang berbeda-beda. Dan inipun eksistensinya juga dijamin oleh konstitusi. Sehingga, tentu tidak mungkin pula apabila politik pembangunan hukum nasional dipaksakan dan diformat dengan kerangka pemberlakuan hukum Islam secara penuh (dalam arti murni dan menyeluruh). Sekalipun dengan dalih bahwa mayoritas penduduk atau WNI adalah pemeluk agama Islam. Terlebih lagi apabila "penetrasi" pemberlakuan hukum Islam secara penuh tersebut berkaitan dengan aspek hukum yang bersifat publik. Seperti menerapkan atau mengimplementasikan hukum pidana Islam secara mutlak dalam konfigurasi pembangunan/pembaharuan hukum pidana nasional. Selain karena hal tersebut akan bertentangan dengan hakekat konsensus nasional yang pernah disepakati diantara para founding fathers, juga kebijakan tersebut akan berimplikasi pada terjadinya pemaksaan terhadap orang-orang non Islam untuk tunduk patuh kepada hukum Islam. Dalam perspektif hak asasi manusia (c.q. khususnya hak kebebasan beragama), kebijakan tersebut tentu akan menimbulkan ketidakadilan. Hal ini disebabkan oleh karena sifat hukum pidana yang merupakan hukum publik, aplikasinya tentu tidak lagi membedakan golongan ataupun jenis agama dari warga yang menjadi adressat pemberlakuan

¹⁶⁾ Ibid, hal. 132.

hukum pidana tersebut.

Oleh karenanya, memperhatikan berbagai fakta tersebut di atas, maka sudah tepat kiranya apabila politik pembangunan hukum nasional kita (sebagaimana tertuang dalam GBHN) mempertimbangkan seluruh nilai-nilai keagamaan (khususnya nilai-nilai hukumnya) yang berbeda-beda dan yang nyata-nyata hidup serta menjadi keyakinan dalam masyarakat Indonesia. Tentu saja selain nilai-nilai hukum di atas, harus pula dipertimbangkan nilai-nilai yang bersumber dari hukum yang lain (seperti hukum adat, hukum warisan kolonial yang masih relevan dan lain sebagainya).

Seluruh nilai yang berasal dari berbagai sumber hukum di atas, untuk dapat diakomodasikan menjadi bahan atau elemen pembentukan hukum nasional haruslah dipertemukan terlebih dahulu persamaan-persamaannya diantara asas-asas dan kaidah-kaidah yang terkandung di dalam berbagai sumber hukum tersebut untuk selanjutnya dituangkan kedalam peraturan hukum nasional sesuai bidang hukum yang akan diadakan regulasinya.

Adalah benar sekali apa yang pernah dikemukakan oleh Teuku Mohammad Radhie selaku mantan Kepala Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) dalam temu ilmiah bertemakan "Asas-Asas Hukum Pidana dan Hukum Perdata Islam" yang diadakan oleh BPHN Tim Pengkajian Hukum Islam pada tanggal 25 Agustus 1982 di Jakarta yang antara lain menyatakan bahwa perbedaan-perbedaan dalam subsistem (baca: sumber-sumber hukum) yang ada di Indonesia itu hanyalah perbedaan semu atau perbedaan pada ranting-ranting pikiran saja. Apabila ditelusuri lebih mendalam maka kita akan menemui persamaan-persamaan

dan kedekatan-kedekatan yang terkandung di dalam sub-sub sistem hukum tersebut. Persamaan dan kedekatan asas inilah yang perlu diteliti dan dikembangkan lebih lanjut.¹⁷⁾ Tentu saja apabila kaidah atau asas dari masing-masing sumber hukum itu telah disumbangkan untuk pembentukan Hukum Nasional, tidaklah diperlukan lagi penyebutan mengenai nama dan dari mana sumber hukum tersebut berasal. Sebab sudah melebur kedalam apa yang disebut dengan Hukum Nasional.

Berdasarkan politik pembentukan hukum nasional sebagaimana diuraikan di atas, sekali lagi tidak dapat disangkal bahwa hukum Islam sebagai hukum dari agama yang diikuti dan diyakini oleh mayoritas penduduk Indonesia, eksistensinya memiliki kedudukan yang sangat penting dalam proses pembentukan Hukum Nasional kita. Untuk itu, masalah yang sangat penting dan mendesak untuk segera dipecahkan adalah bagaimana kita melakukan upaya-upaya penelitian dan pengkajian yang mendalam dan efektif tentang hukum Islam agar dapat ditemukan asas-asas dan nilai-nilai yang sesuai dengan asas dari sumber-sumber hukum yang lain. Dengan demikian asas-asas atau nilai-nilai hukum Islam tersebut dapat diterima oleh semua pihak untuk dirumuskan dalam bentuk kaidah-kaidah hukum yang konkrit dan sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat Indonesia modern serta tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.

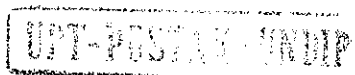
Seluruh uraian mengenai politik pembangunan hukum nasional yang bersifat akomodatif terhadap eksistensi hukum Islam sebagaimana telah dipaparkan di muka, secara spesifik (maksudnya dalam konteks keberadaan hukum

¹⁷⁾ Teuku Mohammad Radhie, "*Permasalahan Hukum Islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional*", Artikel dalam majalah *Hukum dan Pembangunan*, Fakultas Hukum UI, Jakarta, edisi no. 2 tahun XII Maret 1982.

pidana Islam), tentunya dapat pula dipergunakan untuk menganalisis sejauhmana pembangunan (baca: pembaharuan) hukum pidana (KUHP) Nasional di Indonesia dewasa ini dapat akseptabel terhadap prinsip-prinsip atau nilai-nilai yang terkandung di dalam hukum pidana Islam. Pembaharuan hukum Pidana (KUHP) sebagai bagian integral dari pembangunan hukum nasional secara menyeluruh seperti telah disinggung terdahulu, prinsip-prinsip politik atau kebijakannya tentu harus didasarkan juga kepada garis-garis pokok kebijakan pembangunan hukum nasional pada umumnya. (Lihat kembali amanat GBHN c.q. TAP MPR No. II/MPR/1993 tentang GBHN khususnya yang berkaitan dengan politik/kebijakan pembangunan hukum nasional yang harus tetap memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat).

Dalam perspektif di atas, kiranya dapat diasumsikan bahwa adalah sangat dimungkinkan untuk menerapkan kebijakan "integrasi" hukum pidana Islam ke dalam konfigurasi pembaharuan hukum pidana (KUHP) Nasional mendatang. Dengan kata lain, sesungguhnya ada prospek atau peluang yang sangat kontributif bagi hukum pidana Islam dalam pembaharuan hukum pidana nasional yang sedang dilaksanakan dewasa ini. Kebijakan "integrasi" hukum pidana Islam tersebut, adakalanya dapat dilakukan dalam hal menentukan atau merumuskan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (kebijakan kriminalisasi), dapat pula dilakukan dalam hal menetapkan kebijakan mengenai pertanggung jawaban pidana serta menentukan bentuk atau jenis serta bobot sanksi pidana bagi pelaku tindak pidana (kejahatan).

Namun, dalam hubungan ini yang perlu diperhatikan ialah bahwa peluang



kontributif tersebut tentunya tidaklah bersifat mutlak. Dalam arti kata tidak mungkin memberlakukan sistem hukum pidana Islam secara murni/total sebagai subsistem hukum pidana nasional mendatang. Karena pemutlakan peran kontributif hakekatnya akan bertentangan dengan salah satu politik dasar pembangunan hukum nasional yang mengharuskan untuk tetap memperhatikan realitas kemajemukan tatanan hukum yang hidup dalam masyarakat (yang tentu saja tidak hanya berupa hukum Islam).

Oleh karena itu, dalam kerangka mengimplementasikan kebijakan integrasi hukum pidana Islam kedalam pembaharuan hukum pidana nasional diatas, yang diperlukan adalah melakukan kajian-kajian yang bersifat kontekstual terhadap nash-nash hukum baik yang tercantum di dalam Al-Qur'an maupun as-sunnah yang berisi garis-garis dasar (prinsip) kebijakan tentang hukum pidana Islam. Studi kontekstual ini dimaksudkan untuk mencari dan menemukan relevansi "kekinian" dari nash-nash hukum tersebut, sehingga menjadikannya tetap aktual untuk menjawab berbagai problema hukum (khususnya tentang perkembangan kejahatan) di dalam situasi atau jaman apapun dan dalam konteks sosial manapun (keberlakuan hukum secara universal). Selain itu, kajian kontekstual di atas juga dapat berfungsi secara sekaligus untuk meng-clear-kan kecurigaan atau bahkan tudingan sementara kalangan yang mempersepsi hukum pidana Islam sebagai hukum yang de-humanis dan oleh karenanya sering dinilai out of date (alias tidak adaptif terhadap kecenderungan dunia internasional yang semakin menunjukkan fenomena humanistik/penghargaan terhadap hak-hak asasi manusia).

Dalam kaitannya dengan hal tersebut diatas, kiranya menarik untuk

dicermati salah satu kesimpulan (rekomendasi) dari hasil penelitian normatif (studi leterer) yang dilakukan oleh Jimly As-Shiddiqie mengenai bentuk-bentuk pidana dalam hukum Islam dan relevansinya bagi usaha pembaharuan KUHP Nasional. Pada intinya beliau menyatakan bahwa ditinjau dari segi filosofis, yuridis dan sosiologis, eksistensi hukum pidana Islam di Indonesia adalah sah dan diakui keberadaannya. Hanya saja aplikasinya tidak harus dilihat dari segi bentuk teknis semata. Yang perlu terus dikembangkan agar dapat menjadi bahan perumusan hukum pidana nasional adalah gagasan-gagasan inti dari prinsip-prinsip yang terdapat dalam hukum pidana Islam tersebut. Hanya dengan cara demikianlah maka tidak akan ada lagi persoalan mengenai kemungkinan perbedaan pandangan antara penduduk yang beragama Islam dengan golongan non muslim. Karena semakin dalam pemahaman terhadap makna dari gagasan-gagasan inti dalam hukum pidana Islam dilakukan, maka akan semakin luas pula nilai-nilai universal yang dapat dipahami sehingga akan memungkinkan dapat diterimanya gagasan-gagasan inti tersebut secara luas oleh semua kelompok atau golongan yang ada dalam masyarakat.¹⁸⁾

Apa yang disebut sebagai "pengembangan gagasan-gagasan inti hukum pidana Islam" oleh Jimly As-Shiddiqie di atas, sebenarnya tidak lain adalah melakukan studi kontekstual terhadap nash-nash hukum pidana Islam sebagaimana telah disinggung di muka. Dengan demikian, dapat ditegaskan bahwa prospek tidaknya keberadaan hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi bagi pembaharuan hukum pidana (KUHP) Nasional adalah dipengaruhi

¹⁸⁾ Jimly As-Shiddiqie, "*Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*", Penerbit Angkasa, Bandung, 1995, hal. 195.

oleh ada tidaknya upaya sosialisasi melalui berbagai kajian yang komprehensif dan mendalam mengenai prinsip-prinsip hukum pidana Islam yang responsif. Urgensinya dengan adanya sosialisasi tersebut, setidaknya akan tumbuh suatu persepsi dan image yang benar mengenai hukum pidana Islam yang sesungguhnya. Pada gilirannya, kondisi di atas diharapkan akan dapat memunculkan lahirnya suatu political will dari penguasa (c.q. perumus dan pemutus politik hukum pidana nasional) yang bersifat akseptabel terhadap nilai-nilai yang terkandung di dalam hukum pidana Islam.

D. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui dan mendeskripsikan tentang peluang yang sesungguhnya dari keberadaan hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi sebagai sumber bahan bagi upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia.
2. Untuk mengetahui dan mendeskripsikan konsep-konsep apa saja dari hukum pidana Islam yang dapat dikontribusikan bagi pembaharuan hukum pidana (c.q. KUHP) Indonesia mendatang serta proyeksi “ideal” dalam kebijakan legislatifnya.

E. Kontribusi Penelitian

1. Hasil penelitian ini nantinya diharapkan dapat sedikit berguna sebagai pengkayaan khasanah referensi dalam kajian permasalahan mengenai kedudukan hukum Islam pada umumnya dan hukum pidana Islam pada khususnya dalam keseluruhan konsep pembangunan hukum nasional di Indonesia termasuk pembaharuan hukum pidananya. Jadi, dari penelitian ini

setidaknya diharapkan ada suatu tambahan informasi/pengetahuan yang dapat ikut menunjang pengembangan ilmu pengetahuan khususnya dalam bidang hukum pidana di Indonesia.

2. Dalam tataran yang lebih kongkrit, hasil penelitian ini diharapkan dapat sedikit memberikan kontribusi pemikiran khususnya bagi Tim Perancang KUHP Baru dan bagi kalangan penentu kebijakan (legislatif) dalam rangka mencapai upaya-upaya yang ideal bagi pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

F. Metode Penelitian

1. Pendekatan Masalah

Penelitian tentang Kontribusi Hukum Pidana Islam dalam Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia ini pada prinsipnya merupakan penelitian hukum normatif. Karena sebagian besar data yang akan dikaji dalam penelitian ini adalah dengan cara meneliti bahan-bahan kepustakaan yang merupakan data sekunder. Disamping itu, penelitian ini dikatakan sebagai penelitian hukum normatif adalah karena konsep dasarnya memandang hukum sebagai suatu norma atau sesuatu yang bersifat seharusnya (*das sollen*). Lebih khusus lagi, istilah “seharusnya” di sini ialah dalam artian seharusnya menurut hukum yang dicita-citakan akan berlaku di masa mendatang (*ius constituendum*). Dikatakan demikian, karena berbicara tentang pembaharuan hukum, sebenarnya adalah membicarakan tentang bagaimana sebaiknya atau bahkan seharusnya hukum yang dicita-citakan itu berlaku dalam kehidupan

masyarakat di masa mendatang (setelah pembaharuan itu tercapai).

Konsep dasar tentang hukum yang dipilih di atas tidaklah lantas berarti bahwa dalam penelitian ini sama sekali tidak mengakui konsep hukum sebagai suatu perilaku/aksi (penelitian hukum sosiologis/empiris). Karena memahami masalah *ius constituendum* sebagaimana yang menjadi penekanan dalam penelitian ini sesungguhnya berkaitan erat dengan masalah kebijakan tentang bagaimana sebaiknya hukum di masa mendatang itu dibuat dan diberlakukan. Sedangkan penelitian terhadap kebijakan tentu harus bersifat komprehensif/interdisipliner, di mana hal tersebut seharusnya ditempuh melalui berbagai pendekatan seperti yuridis-normatif, yuridis-filosofis, yuridis-sosiologis, yuridis-komparatif maupun yuridis-historis.¹⁹⁾

Akan tetapi mengingat berbagai keterbatasan yang ada pada peneliti, maka dalam penelitian ini hanya akan ditekankan pada penggunaan pendekatan-pendekatan yang bersifat yuridis-normatif, yuridis-filosofis dan yuridis-komparatif. Artinya, dalam penelitian ini nantinya akan diungkapkan dan dikaji kaidah-kaidah normatif dan asas-asas hukum yang terkandung dalam hukum pidana Islam. Setelah itu, asas-asas hukum pidana Islam tersebut selanjutnya diperbandingkan dengan asas-asas hukum yang mendasari penyusunan norma/substansi pembaharuan hukum pidana di Indonesia sebagaimana tercermin dalam Konsep KUHP Baru. Jadi dengan demikian berarti, selain pendekatan yuridis-normatif dan filosofis (asas-asas), penelitian

¹⁹⁾ Barda Nawawi Arief, *"Penelitian Hukum Normatif (Suatu Upaya Reorientasi Pemahaman)"*, Makalah penataran metodologi penelitian hukum di UNSOED, Purwokerto tanggal 11-15 September 1995.

juga menggunakan pendekatan yang bersifat yuridis-komparatif.

Penggunaan pendekatan komparatif sebagai penunjang pendekatan normatif dan filosofis di atas adalah dimaksudkan untuk menemukan pemikiran-pemikiran alternatif dalam hukum Islam yang memiliki relevansi serta kontributif bagi upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Dengan demikian persoalan kontribusi hukum pidana Islam dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia yang telah ditetapkan sebagai permasalahan dan akan dikaji dalam penelitian ini dapat dideskripsikan secara jelas.

2. Spesifikasi Penelitian

Apabila diperhatikan judul penelitian yang telah dijabarkan dalam beberapa rumusan masalah dan kemudian dihubungkan dengan metode-metode pendekatan permasalahan yang dipergunakan sebagaimana telah diuraikan diatas, maka spesifikasi penelitian ini dapat kiranya dikatakan termasuk dalam lingkup penelitian deskriptif analitis. Artinya, penelitian yang merupakan suatu upaya untuk mendeskripsikan (mengungkapkan, memaparkan dan menggambarkan) eksistensi hukum pidana Islam dan relevansinya dengan usaha pembaharuan hukum pidana di Indonesia yang tengah berlangsung dewasa ini. Hasil deskripsi tersebut, selanjutnya akan dibahas dan dianalisis dengan perspektif teori-teori serta pendapat-pendapat para ahli di bidang ilmu hukum pidana (termasuk pendapat para ahli fiqih tentang hukum pidana Islam) maupun berdasarkan pendapat analitis peneliti sendiri.

Tujuannya ialah agar dapat ditegaskan suatu kesimpulan yang bisa menggambarkan bagaimanakah sesungguhnya peluang hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi bagi upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia, kemudian hal-hal apa saja yang dapat dikontribusikan dalam pembaharuan tersebut serta bagaimana pula seharusnya mengimplementasikan peluang kontribusi tersebut kedalam suatu kebijakan legislatif.

3. Metode Pengumpulan Data

Sebagaimana telah disebutkan terdahulu bahwa penelitian thesis ini pada prinsipnya merupakan penelitian hukum normatif. Oleh karena itu secara klasifikatif penelitian ini termasuk dalam katagori penelitian literer (kepuustakaan), yaitu suatu penelitian dimana sebagian besar data yang diperlukan dan akan dikaji adalah data yang bersifat sekunder.²⁰⁾

Dalam metodologi riset, data sekunder yang berupa bahan pustaka ini memiliki ciri-ciri umum sebagai berikut :

- a) Data sekunder pada umumnya ada dalam keadaan siap terbuat (ready made).
- b) Bentuk maupun isi data sekunder telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu.
- c) Data sekunder dapat diperoleh tanpa terikat atau dibatasi oleh waktu dan tempat.²¹⁾

²⁰⁾ Ronny Hanitijo Soemitro, *"Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri"*, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988, hal. 11.

²¹⁾ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *"Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat"*, Penerbit PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1985, hal. 28.

Dalam penelitian ini, yang dimaksud dengan data sekunder tersebut nantinya meliputi :

1. Bahan primer, yaitu bahan hukum yang mengikat yang terdiri dari norma dasar Pancasila, UUD 1945, Ketetapan-ketetapan MPR, Peraturan Perundang-undangan, Yurisprudensi dan lain sebagainya.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis serta memahami bahan hukum primer tersebut. Misalnya Konsep Rancangan KUHP Nasional, hasil-hasil penelitian para ahli terkait, hasil karya para pakar hukum, buku-buku yang relevan, hasil-hasil pertemuan ilmiah (seminar, simposium, diskusi) dan lain-lain.
3. Bahan hukum tersier yang akan memberikan petunjuk informasi/ penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, indeks dan lain sebagainya.

Meskipun titik berat penelitian ini adalah studi kepustakaan yang akan lebih banyak mengkaji data sekunder, akan tetapi untuk mendukung kajian data sekunder tersebut juga dilakukan wawancara terhadap narasumber yang kompeten di bidangnya. Adapun responden penelitian yang menjadi narasumber tersebut ialah (1) Drs. Syamsul Anwar, M.A. di Yogyakarta selaku ahli hukum Islam dan (2) Prof.Dr. Barda Nawawi Arief, S.H. di Semarang selaku ahli hukum pidana dan sekaligus sebagai anggota Tim Penyusun Konsep KUHP Baru. Pertimbangan pemilihan terhadap kedua responden di atas, selain karena keduanya memang ahli di bidang yang sedang

menjadi fokus penelitian yaitu hukum pidana Islam dan hukum pidana Indonesia, juga karena pertimbangan efektivitas waktu dan tempat. Terlebih lagi untuk responden Prof. Dr. Barda Nawawi Arief,SH yang juga merupakan pembimbing thesis dari penulis, sehingga diharapkan lebih efektif hasil data yang dapat diperoleh.

Berdasarkan uraian mengenai data penelitian di atas, maka metode pengumpulan data yang akan diterapkan dalam penelitian ini adalah :

1. Menggunakan metode studi kepustakaan dan dokumentasi untuk pengumpulan data sekunder baik itu berupa bahan hukum primer, sekunder maupun tersier.
2. Menggunakan metode guidance interview (wawancara terpimpin) untuk pengumpulan data yang bersifat primer (lapangan).

4. Metode Analisis Data

Data yang telah berhasil dikumpulkan baik melalui studi kepustakaan/ dokumentasi maupun wawancara selanjutnya akan dianalisis secara kualitatif dengan penguraian secara deskriptif analitis dan perskriptif. Metode analisa yang demikian ini diterapkan karena penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau menggambarkan data sebagaimana adanya, tetapi juga bermaksud untuk menggambarkan bagaimana sebaiknya (idealnya) pembaharuan hukum pidana di Indonesia (c.q pembaharuan KUHP) ini dilakukan.²²⁾ Kemudian hasil analisa akan disajikan secara sistematis dalam

²²⁾ Barda Nawawi Arief, "*Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*", Penerbit CV. Ananta, Semarang, 1994, hal. 73.

rangka memperoleh gambaran ideal tentang pembaharuan hukum pidana di Indonesia tersebut.

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DAN EKSISTENSI HUKUM PIDANA ISLAM DI INDONESIA

A. Pengertian Hukum Pidana dan Masalah-Masalah Dasarnya

Masalah pengertian atau definisi hukum pidana sesungguhnya tidak semudah untuk merumuskannya seperti yang disangka orang. Istilah hukum pidana sebagaimana istilah hukum secara umum, dapat diberikan arti menurut sudut pandang seseorang dari mana aspek hukum pidana itu diperhatikan. Oleh karena itu wajar apabila dijumpai adanya beragam macam definisi yang berkaitan dengan pengertian hukum pidana yang pernah dikemukakan oleh para ahli dalam khasanah kepustakaan.

Sekedar untuk menyebutkan beberapa contoh, Andi Zainal Abidin misalnya menyatakan bahwa istilah hukum pidana itu dapat diberikan arti baik secara obyektif maupun secara subyektif. Dalam arti obyektif (sering juga disebut *Ius Poenale*), hukum pidana dapat diartikan sebagai sejumlah peraturan hukum yang mengandung larangan dan perintah atau keharusan yang terhadap pelanggarannya diancam dengan sanksi hukum berupa pidana tertentu bagi barangsiapa yang membuatnya. Sedangkan dalam arti subyektif (lazim pula disebut *Ius Puniendi*), hukum pidana itu ialah peraturan hukum yang menetapkan tentang penyidikan, penyidikan lanjutan, penuntutan, penjatuhan dan pelaksanaan pidana.¹⁾

¹⁾ Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Penerbit Alumni, Bandung, Cetakan I, 1987, hal 1-2.

Senada dengan rumusan di atas, dalam konteks definisi tentang hukum pidana ini Moeljatno juga membuat batasan-batasan sebagai berikut:

“Hukum pidana adalah bagian daripada keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk: (1) menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi berupa pidana tertentu bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut. (2) menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan. (3) menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.”²⁾

Dalam perspektif yang lain yakni tinjauan dari sudut institusi sosial yang memiliki kewenangan untuk mengadakan/membuat hukum pidana, Simons mengemukakan bahwa hukum pidana adalah : (a) seluruh perintah dan larangan yang diadakan oleh negara dan yang diancam dengan suatu pidana/nestapa bagi barang siapa yang tidak menaatinya. (b) seluruh aturan yang ditentukan oleh negara yang berisi syarat-syarat untuk menjalankan pidana tersebut.³⁾ Khusus dalam konteks Indonesia, definisi yang dikemukakan oleh Simons yang terkesan memberi tekanan (*accent*) kepada negara sebagai satu-satunya pihak yang mengadakan hukum pidana tersebut, tentu kurang realistis. Sebab dalam kenyataan, di Indonesia juga berlaku (hidup) hukum pidana adat yang legitimasi keberadaannya tidak diberikan oleh negara dalam artian Negara Kesatuan Republik Indonesia. Akan tetapi oleh masyarakat hukum adat bersangkutan dengan justifikasi melalui keputusan-keputusan para pemuka adat.

²⁾ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Penerbit PT Bina Aksara, Jakarta, Cetakan IV, 1987, hal 1.

³⁾ Simons dalam Soeharto, *Hukum Pidana Materiil (Unsur Obyektif sebagai Dasar Dakwaan)*, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, Cetakan I, 1993, hal. 4.

Dalam hubungan ini, rumusan tentang pengertian hukum pidana yang diajukan oleh van HATTUM barangkali lebih kontekstual dengan realitas sosial Indonesia. Beliau menyatakan:

“Hukum pidana adalah suatu keseluruhan dari asas-asas dan peraturan-peraturan yang diikuti dan ditetapkan oleh negara atau oleh suatu masyarakat hukum umum lainnya, dimana mereka itu sebagai pemelihara dari ketertiban hukum umum telah melarang dilakukannya tindakan-tindakan yang bersifat melanggar hukum dan telah mengkaitkan pelanggaran terhadap peraturan-peraturannya dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa pidana”.⁴⁾

Rumusan mengenai hukum pidana oleh van Hattum di atas yang cenderung menekankan pada arti hukum pidana positif (yaitu hukum pidana yang sedang berlaku di suatu negara atau wilayah tertentu), apabila diperbandingkan dengan ketiga rumusan yang telah dipaparkan sebelumnya maka dapat dinyatakan bahwa rumusan van Hattum tersebut kurang lengkap. Sebab hakekat hukum pidana positif itu bukan hanya merupakan suatu keseluruhan dari asas-asas dan peraturan-peraturan yang berkenaan dengan penentuan tentang norma-norma dan sanksi-sanksi saja, melainkan juga berkenaan dengan penentuan mengenai syarat-syarat bagi akibat hukumnya suatu pelanggaran norma (yang biasa disebut sanksi pidana), serta berkenaan dengan ketentuan-ketentuan mengenai penjatuhan dan pelaksanaan dari sanksi pidana itu sendiri.

Berdasarkan pemaparan tentang beberapa definisi hukum pidana seperti telah dicontohkan di atas, secara inti dapat disimpulkan bahwa di dalam istilah hukum pidana, ternyata ruang lingkup pengertiannya mencakup beberapa makna. *Pertama*,

⁴⁾ van HATTUM dalam P.A.F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit Sinar Baru, Bandung, Cetakan I, 1984, hal. 2.

pengertian hukum pidana adakalanya bermakna hukum pidana material yaitu yang terdiri dari aturan mengenai perbuatan yang terlarang (sering disebut dengan istilah delik/tindak pidana/perbuatan pidana), hal-hal atau syarat yang menjadikan orang dapat dipidana (sering dikenal dengan istilah pertanggungjawaban pidana), dan berisi aturan mengenai ancaman sanksi hukum berupa pidana (sanksi pidana). *Kedua*, adakalanya makna istilah hukum pidana itu mencakup pengertian hukum pidana formil yakni yang berisi tentang tata cara atau prosedur penjatuhan sanksi pidana bagi seorang yang diduga telah melanggar hukum pidana material. Kemudian yang *ketiga*, pengertian hukum pidana juga terkait dengan makna sebagai hukum pelaksanaan pidana yaitu yang berupa ketentuan-ketentuan mengenai bagaimana suatu sanksi pidana yang telah dijatuhkan terhadap seorang pelanggar hukum pidana material itu harus dilaksanakan.

Sesuai dengan batasan kajian dalam penulisan thesis ini, selanjutnya yang dimaksudkan dengan pengertian hukum pidana dalam hal ini ialah hukum pidana material, di mana persoalan-persoalan dasarnya ialah terdiri dari tiga masalah pokok yaitu: (1) masalah tindak pidana, (2) masalah pertanggungjawaban pidana dan (3) masalah sanksi pidana. Kesimpulan tentang pengertian dan ruang lingkup dari masalah-masalah dasar hukum pidana material tersebut sesuai dengan pandangan Sudarto yang menyatakan bahwa hukum pidana material itu memuat aturan-aturan yang menetapkan dan merumuskan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana,

aturan-aturan yang memuat syarat untuk dapat menjatuhkan pidana dan ketentuan mengenai pidana.⁵⁾

B. Pengertian, Ruang Lingkup dan Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana

Masalah pembaharuan hukum pidana di Indonesia sesungguhnya merupakan suatu tuntutan/keharusan untuk segera dilaksanakan dan diselesaikan. Hal ini mengingat sistem hukum pidana yang ada sekarang yang berinduk pada W.v.S-N.I atau *Wetboek van Strofrecht voor Nederlands Indie* (baca: KUHP) sudah berkurang atau bahkan sudah tidak memiliki relevansi maupun kontekstualisasi untuk terus dipertahankan seperti apa adanya. Sebagaimana telah diuraikan dalam bab pendahuluan, berdasarkan pertimbangan-pertimbangan yang bersifat historis politis, sosiologis, praktis maupun adaptif, pembaharuan hukum pidana Indonesia adalah merupakan salah satu agenda penting dalam rangka pembangunan hukum nasional secara keseluruhan.

Secara teoritik, urgensi tentang pembaharuan hukum pidana tersebut juga semakin tampak apabila dikaitkan dengan hakekat fungsionalisasi hukum pidana yang sering dilukiskan oleh para ahli hukum sebagai pedang bermata dua. Pada satu sisi, hukum pidana merupakan hukum untuk melindungi masyarakat dari ancaman kejahatan, namun pada sisi yang lain, praktek sosial defence tersebut justru harus dilakukan dengan cara merenggut hak asasi manusia yang antara lain berwujud perampasan hak kemerdekaan seseorang untuk sementara waktu atau untuk selama-

⁵⁾ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Penerbit Yayasan Sudarto, UNDIP, Semarang, Cetekan II, 1990, hal. 10.

lamanya. Bahkan dalam bentuk yang paling ekstrim, mungkin akan pula dapat merampas hak hidup/nyawa manusia yaitu bilamana ada vonis dan eksekusi pidana mati. Padahal kedua hak tersebut (hak kemerdekaan dan hak hidup) bagi manusia adalah sangat asasi yang sebenarnya harus dilindungi oleh dan menurut hukum.⁶⁾ Dalam konteks sekarang dimana masalah penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia sudah sedemikian rupa menjadi issue global yang berskala internasional, maka problem dilematis hukum pidana yang diibaratkan sebagai pedang bermata dua tersebut tentu memerlukan suatu kajian mendalam dalam rangka pembaharuan sehingga praktek operasionalisasi hukum pidana di masa mendatang benar-benar mampu mencerminkan suatu kearifan/ keseimbangan dilindunginya berbagai kepentingan.

Sesungguhnya masalah pembaharuan hukum pidana secara makro merupakan bagian tidak terpisahkan dari masalah politik kebijakan hukum pidana (*straf rechts politiek*). Hal ini mengingat bahwa hakekat politik hukum pidana tiada lain adalah suatu upaya mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna serta sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.⁷⁾ Upaya untuk menghasilkan perundang-undangan pidana yang baik artinya ialah membangun hukum pidana yang merupakan bagian dari pembangunan hukum nasional secara keseluruhan yang dapat dilakukan dengan berbagai pendekatan atau

⁶⁾ Mudjono, Pidato Pengarahan Menteri Kehakiman R.I. pada Simposium *Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, diselenggarakan oleh BPHN bekerjasama dengan Fak. Hukum UNDIP, tanggal 28 - 30 Agustus 1980 di Semarang, Penerbit Bina Cipta, Jakarta hal. 15.

⁷⁾ Soedarto dalam Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 27-28.

dimensi. Dalam hubungan ini, mantan Menteri Kehakiman Ismail Saleh⁸⁾ pernah menyatakan bahwa pembangunan hukum nasional (tentunya termasuk pembangunan hukum pidana) dapat diupayakan dengan melalui 3 (tiga) dimensi. *Pertama*, dimensi pemeliharaan. Artinya memelihara tatanan hukum yang ada dalam rangka mencegah terjadinya kekosongan hukum yakni apabila hukum yang lama (telah ada) hendak diganti sementara hukum penggantinya belum dipersiapkan. Dengan demikian keberadaan hukum yang telah ada sebelumnya walaupun disadari sudah kurang atau bahkan tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan (seperti tatanan hukum warisan pemerintahan Hindia Belanda yang masih cukup mendominasi tata hukum nasional Indonesia merdeka dewasa ini), harus dipahami sebagai hukum transisional yang pelaksanaannya harus tetap berpijak pada situasi dan keadaan yang sudah berubah yang dilandasi Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum serta landasan konstitusional yaitu UUD 1945. *Kedua* adalah dimensi pembaharuan. Maksudnya melengkapi hukum apa yang belum ada dan menyesuaikan/menyempurnakan yang sudah ada akan tetapi dinilai telah “out of date”. Dimensi pembaharuan hukum ini diperlukan mengingat secara real tidak semua tata hukum warisan pemerintah hindia Belanda adalah tidak cocok diterapkan pada era Indonesia Merdeka. Sesungguhnya masih cukup banyak bagian-bagian dari tata hukum masa Hindia Belanda yang telah memasyarakat dan dapat dipertahankan karena secara nilai-nilai universal tidak bertentangan dengan Pancasila sehingga yang diperlukan ialah reaktualisasi nilai-nilai hukum lama yang lebih sesuai dengan

⁸⁾ Ismail Saleh, *Wawasan Pembangunan Hukum Nasional*, Artikel pada Harian Kompas edisi tanggal 1 Juni 1989.

kebutuhan masyarakat masa kini dan mendatang yang antara lain melalui pembaharuan hukum. Selanjutnya dimensi *ketiga* ialah dimensi penciptaan sebagai usaha responsif untuk menghadapi tantangan zaman. Dalam dimensi ini diciptakan suatu perangkat peraturan perundang-undangan yang baru yang sebelumnya memang belum pernah ada.

Dalam konteks pembangunan hukum pidana di Indonesia tampaknya pendekatan melalui dimensi pembaharuan hukum dapat dikatakan lebih tepat karena disamping secara substantif selama ini Indonesia memang sudah memiliki tata hukum pidana, juga karena tata hukum pidana yang sudah ada tersebut berdasarkan berbagai pertimbangan secara real memang menuntut suatu perubahan (baca: pembaharuan) menuju ke arah suatu tata hukum pidana yang lebih sesuai dengan struktur dan kultur bangsa Indonesia di masa sekarang dan masa-masa yang akan datang.

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat ditegaskan bahwa pembaharuan hukum pidana hakekatnya ialah upaya melakukan reaktualisasi nilai-nilai yang menjadi landasan hukum pidana agar benar-benar kontekstual dan signifikan dengan kebutuhan masyarakat dan jamannya dimana hukum pidana tersebut berlaku. Dalam wacana yang lebih konkrit, Barda Nawawi Arief bahkan menegaskan bahwa makna pembaharuan hukum pidana itu harus mencerminkan suatu reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Oleh karena itu, maka upaya pembaharuan hukum pidana harus ditempuh dengan melalui pendekatan baik yang

berorientasi pada nilai maupun pendekatan yang berorientasi pada kebijakan. Keharusan digunakannya pendekatan kebijakan adalah karena pembaharuan hukum pidana sebagaimana telah dijelaskan terdahulu, sesungguhnya merupakan bagian saja dari politik atau kebijakan hukum pada umumnya dan bagian dari kebijakan hukum pidana pada khususnya. Sedangkan pendekatan nilai yang harus pula dipergunakan dalam pembaharuan hukum pidana ini ialah karena di dalam setiap kebijakan tentulah dipertimbangkan berbagai nilai. Dengan demikian kedua pendekatan tersebut harus diterapkan secara integral dan tidak boleh dilihat sebagai suatu “dichotomy”.⁹⁾

Integralitas penggunaan kedua pendekatan dalam upaya pembaharuan hukum pidana tersebut (yaitu antara pendekatan kebijakan yang cenderung bersifat rasional dan pendekatan nilai yang lebih menekankan sifat etis-moral), juga menjadi sorotan Roeslan Saleh melalui tulisannya sebagai berikut:

“Keharusan rasionalitas itu bukanlah berarti bahwa pertimbangan-pertimbangan etis dalam hukum pidana dapat ditinggalkan saja. Juga syarat rasional adalah suatu syarat moral. Jadi rasionalitas jangan sampai dikaburkan oleh pertimbangan-pertimbangan yang bersifat etis. Batas-batas yang bersifat etis itu haruslah sebaik-baiknya dan seteliti-telitinya dirumuskan. Di dalam batas-batas dari apa yang secara etis dapat diterima haruslah diambil keputusan-keputusan yang rasional itu. Apa yang secara etis dibenarkan, masih bergantung pula sebagian besar dari informasi-informasi”.¹⁰⁾

Sesuai dengan cakupan makna yang terkandung di dalam definisi atau pengertian dari istilah hukum pidana, maka upaya pembaharuan hukum pidana pun

⁹⁾ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dan Masalah Kebijakan Delik Aduan*, Makalah dalam Lokakarya “Pembaharuan Hukum Pidana”, diselenggarakan oleh DPR-RI, Jakarta, tanggal 29 Juni 1993.

¹⁰⁾ Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Penerbit Ghalia-Indonesia, Jakarta, Cetakan I, 1992, hal 44-45.

seharusnya meliputi ruang lingkup dari beberapa makna tentang hukum pidana tersebut. Artinya, pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh itu sesungguhnya harus mencakup bidang hukum pidana materiil (substantif), bidang hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan bidang hukum pelaksanaan pidana. Hal demikian ini karena bekerjanya hukum pidana yang efektif dan efisien sebagai salah satu sarana penanggulangan kejahatan yang bersifat penal, hanya mungkin terjadi apabila didukung antara lain oleh peraturan perundang-undangan pidana yang baik yang harus ada dalam ketiga bidang hukum pidana tersebut. Sebab ketiganya merupakan sub-sub sistem dari keseluruhan sistem hukum pidana. Sehingga pembaharuan hukum yang dilaksanakan hanya pada salah satu bidang atau sub sistem saja tidak akan memiliki banyak arti apabila tidak didukung pula oleh dilaksanakannya pembaharuan hukum pada bidang-bidang atau sub-sub sistem yang lainnya. Namun demikian, kajian dalam penulisan thesis ini hanya akan membahas permasalahan-permasalahan di seputar pembaharuan hukum pidana material, lebih khusus lagi ialah pembaharuan KUHP dalam rangka terwujudnya suatu KUHP Nasional mendatang.

Istilah KUHP Nasional sebagai sasaran akhir dan inti dari pembaharuan hukum pidana materiil di Indonesia, sesungguhnya hanyalah merupakan idiom untuk sekedar membedakan dengan KUHP yang sekarang berlaku yang nyata-nyata memang merupakan warisan kolonial. Sekalipun begitu harus pula dipahami bahwa tidak berarti semua pasal yang ada dalam KUHP yang disebut kolonial tadi adalah bersifat kolonial juga. Misalnya pasal 362 KUHP tentang tindak pidana pencurian atau pasal 338 KUHP tentang tindak pidana pembunuhan dengan sengaja, adalah

jenis-jenis perbuatan yang secara universal memang terlarang menurut tata sosial masyarakat di manapun. Dalam hubungan ini J.E.Sahetapy menyatakan bahwa untuk menentukan apakah suatu pasal dalam KUHP sekarang itu bersifat kolonial atau tidak, maka pasal tersebut harus ditakar dengan ukuran-ukuran antara lain sebagai berikut: (1) Apakah secara historis penempatan pasal itu dalam KUHP memang ada motivasi tertentu yang bersifat kolonial? (2) Apakah substansi redaksional pasal itu dapat diindikasikan adanya motif-motif yang bersifat kolonial? Dan (3) apakah pencantuman ancaman pidana dalam pasal itu baik ditinjau dari segi jenisnya maupun dari segi berat ringannya, memang patut diduga adanya kandungan motif-motif kolonial?¹¹⁾ Pemikiran indikatorik untuk menentukan kolonialitas suatu pasal di atas, secara teoritik tentu menimbulkan implikasi bahwa dengan demikian apabila keberadaan suatu pasal dalam KUHP sekarang setelah dikaji ternyata tidak ditemukan adanya manifestasi dari 3 (tiga) indikator sifat kolonial tersebut, maka secara prinsip universal pasal itu dapat tetap dipertahankan tetapi dengan syarat implementasinya harus disesuaikan dengan konteks kultur dan struktur masyarakat Indonesia di alam kemerdekaan sekarang ini.

Hal yang ingin ditegaskan dari uraian di atas ialah sesuai dengan maknanya, pembaharuan hukum pidana (baca: KUHP) tentu tidak harus dengan cara “membongkar” dan mengganti seluruh ketentuan pasal yang ada dalam KUHP sekarang mengingat di dalamnya pun terdapat ketentuan-ketentuan normatif yang “sejalan” dengan prinsip-prinsip universal pengaturan hukum pidana pada umumnya.

¹¹⁾ J.E. Sahetapy, *Hukum Ibarat Musafir dan KUHP Celana Tua Bertambal Sulam*, Artikel pada Harian Suara Pembaharuan, edisi tanggal 8 September 1988.

Namun demikian, sebaliknya pembaharuan hukum pidana yang telah dan masih sedang terus berlangsung inipun juga tidak boleh “terjebak” pada kontradiksi sikap yakni di satu sisi mengkritik tajam KUHP sekarang sebagai produk kolonial sementara pada sisi yang lain tetap mempertahankannya setidaknya dari sudut pola pembaharuan dan orientasi nilai yang menjadi dasarnya.

Berdasarkan hal-hal di atas, maka sudah tepat kiranya apabila metode yang digunakan dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia adalah *metode evolusioner* dalam arti melakukan perbaikan, penyempurnaan dan amandemen terhadap peraturan-peraturan yang sudah ada dalam W.v.S. N.I (KUHP sekarang) dan *metode kompromis* yakni dengan menambahkan bab secara tersendiri mengenai tindak-tindak pidana tertentu sebagai respons terhadap perkembangan sosial yang terjadi.¹²⁾ Penambahan bab secara tersendiri ini adakalanya diambilkan sumber bahannya dari peraturan perundang-undangan pidana di luar KUHP yang telah ada dan dikenal selama ini sebagai hukum pidana khusus maupun hukum pidana administratif, namun adakalanya pula bab tersendiri tersebut memang benar-benar merupakan respons terhadap perkembangan sosial yang ada yang sebelumnya tidak diatur dalam KUHP maupun UU di luar KUHP itu sendiri.

Sesungguhnya, di samping kedua metode di atas usaha-usaha untuk melakukan suatu pembaharuan hukum dapat pula dilakukan dengan *metode global* yaitu dengan mengembangkan pembuatan aturan perundang-undangan tersendiri di luar kodifikasi (dalam hal ini KUHP sebagai induk hukum pidana materiil) dalam

rangka merespons perkembangan-perkembangan sosial yang terjadi yang tidak tertampung regulasi hukumnya dalam KUHP.¹³⁾ Namun, harus disadari bahwa penerapan metode global secara potensial hampir selalu membuka peluang bagi munculnya berbagai asas penyimpangan terhadap asas-asas yang telah digariskan dalam hukum kodifikasi sehingga dikhawatirkan justru dapat menjauhkan dari tujuan dilakukannya pembaharuan hukum pidana yakni menuju pada terwujudnya suatu sistem hukum pidana nasional.

Terlepas dari masalah metode ideal mana yang harus digunakan hal mendasar yang perlu diperhatikan berkaitan dengan hakekat pembaharuan hukum pidana ini ialah bahwa ia harus merupakan suatu upaya untuk melakukan re-orientasi, re-konseptualisasi, dan re-formulasi hukum pidana yang sering dikritik sebagai peninggalan kolonial tersebut kepada nilai-nilai dan cita hukum nasional serta terhadap aspirasi rakyat dan tuntutan perubahan zaman.

C. Kebijakan Sumber Bahan Dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Secara implisit, pembaharuan hukum pidana yang menerapkan metode evolusioner dan kompromis sesungguhnya mengandung makna bahwa upaya pembaharuan tersebut tidaklah berangkat dari titik nol sama sekali. Artinya, pada saat pembaharuan hukum pidana mulai dilaksanakan dan terus berlangsung sampai saat sekarang ini penyusunannya adalah didasarkan pada berbagai aturan hukum

¹² Muladi, *Perkembangan Tindak Pidana dalam KUHP Mendatang*, Makalah dalam Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi untuk Dosen-Dosen Fakultas Hukum PTN/PTS se-Indonesia, diselenggarakan oleh FH-UNDIP, Semarang, tanggal 12 - 31 Januari 1993.

pidana yang sebelumnya sudah ada atau tersusun baik yang bersifat *ius constitutum* maupun *ius constituendum*.

Dalam hubungan ini, menurut Barda Nawawi Arief,¹⁴⁾ untuk kebijakan penyusunan delik-delik (kriminalisasi) misalnya, Konsep KUHP Baru selama ini mengambil dari tiga sumber bahan yang sudah ada sebelumnya, yaitu dari: (a) KUHP (W.v.S) yang masih berlaku, (b) Konsep BAS 1977,¹⁵⁾ dan (c) UU hukum pidana di luar KUHP.

Di samping tiga sumber bahan di atas, untuk menyempurnakan pengolahannya sehingga bisa menjadi sebuah Rancangan/Konsep KUHP Nasional, Tim penyusun juga mempertimbangkan masukan-masukan yang antara lain bersumber dari:

- a). berbagai pertemuan ilmiah (simposium/seminar/lokakarya) yang berarti juga merupakan masukan dari kalangan masyarakat luas;
- b). beberapa hasil penelitian dan pengkajian mengenai perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat dan perkembangan iptek;
- c). pengkajian dan pengamatan bentuk-bentuk serta dimensi baru kejahatan dalam pertemuan-pertemuan/konggres-konggres internasional;
- d). berbagai konvensi internasional (baik yang telah diratifikasi maupun yang belum diratifikasi), dan

¹³⁾ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hal. 28.

¹⁴⁾ Barda Nawawi Arief, *op cit*, hal. 269.

¹⁵⁾ Yang dimaksud dengan Konsep BAS 1977 ialah Konsep Buku II tentang Kejahatan dan Konsep Buku III tentang Pelanggaran yang termaktub dalam Konsep KUHP Baru yang telah disusun oleh Tim Basaroeuddin pada tahun 1977. Sistematika dan materi Konsep BAS ini bersumber dari KUHP (W.v.S) yang berlaku dengan penyesuaian dan penambahan beberapa delik baru. Konsep BAS ini selanjutnya telah mengalami beberapa kali perubahan dan penyempurnaan oleh berbagai Tim Penyusun Konsep KUHP pada periode-periode berikutnya hingga akhirnya lahir Konsep/Rancangan KUHP tahun 1991/1992 yang telah mengalami revisi pada bulan Maret 1993. Konsep/Rancangan KUHP Nasional 1993 tersebut, sistematika maupun substansinya adalah berbeda dan telah berubah dibanding dengan Konsep BAS 1977. Karena di dalamnya hanya terdiri dari Buku I tentang Ketentuan Umum dan Buku II tentang Tindak Pidana. Keterangan lebih mendalam mengenai hal ini dapat dilihat pada buku Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Penerbit Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, UI, Jakarta, 1995, hal. 1 - 6.

e). hasil pegkajian perbandingan berbagai KUHP asing.¹⁶⁾

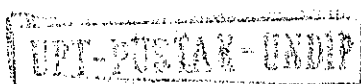
Pelaksanaan pembaharuan hukum pidana yang menerapkan kebijakan akomodatif terhadap berbagai sumber/masukan yang heterogen tersebut adalah memang sudah seharusnya dilakukan agar hasilnya benar-benar bisa merupakan suatu hukum pidana nasional yang mampu mengayomi dan melindungi seluruh komponen bangsa dan negara Republik Indonesia yang memang pluralistik latar belakang sosial budayanya serta kebutuhan hukumnya.

Dalam perspektif wawasan pembangunan hukum nasional, penerapan kebijakan akomodatif terhadap beragam macam sumber bahan (masukan) tersebut sesungguhnya merupakan manifestasi dari pembangunan hukum nasional yang berwawasan Bhinneka Tunggal Ika. Dalam hubungan ini, menurut Ismail Saleh,¹⁷⁾ agar supaya pembangunan hukum nasional kita (termasuk pembangunan hukum pidananya melalui upaya pembaharuan) benar-benar bisa mengarah kepada terciptanya suatu hukum yang mampu mengayomi dan memayungi seluruh bangsa dan negara dalam segala aspek kehidupannya, maka harus dilandasi oleh tiga wawasan nasional yang integrated. Tiga wawasan itu ialah wawasan kebangsaan, wawasan nusantara dan wawasan Bhinneka Tunggal Ika. Khusus dalam konteks pembangunan hukum nasional yang berwawasan Bhinneka Tunggal Ika, selanjutnya Ismail Saleh menyatakan:

“walaupun unifikasi hukum merupakan tujuan kita, akan tetapi demi keadilan, hukum nasional yang akan kita wujudkan bersama ini masih harus memperhatikan perbedaan latar belakang sosial budaya dan perbedaan

¹⁶⁾ Barda Nawawi Arief, *op cit*, hal. 269 - 270.

¹⁷⁾ Ismail Saleh, *Wawasan Pembangunan Hukum Nasional*, Artikel pada Harian Kompas edisi tanggal 2 Juni 1989.



kebutuhan hukum yang dimiliki oleh kelompok-kelompok tertentu sehingga kelompok masyarakat tersebut mendapat perlakuan yang seadil-adilnya. Dengan menggunakan Wawasan Bhinneka Tunggal Ika yang berdampingan dengan Wawasan Nusantara dan Wawasan Kebangsaan dalam usaha pembangunan hukum, maka unifikasi hukum yang kita usahakan akan sekaligus juga menjamin tertuangnya aspirasi, nilai-nilai maupun kebutuhan hukum dari beraneka ragam kelompok masyarakat ke dalam sistem hukum nasional.”¹⁸⁾

Dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN), kebijakan pembangunan hukum (termasuk melalui pembaharuan hukum) yang akomodatif dan responsif terhadap realitas kemajemukan tatanan nilai (hukum) yang hidup dalam masyarakat tersebut sesungguhnya bahkan merupakan garis kebijakan dasar yang tentunya harus direalisasikan. Dalam Tap MPR No.II/MPR/1998 tentang GBHN yang kemudian dikokohkan dan masih ditegaskan lagi dalam Tap MPR selanjutnya No.IV/MPR/1999 misalnya, pada masalah pembangunan nasional di bidang hukum khususnya aspek materi hukum, antara lain dinyatakan bahwa:

“Pembangunan materi hukum diarahkan pada terwujudnya sistem hukum nasional yang mengabdikan kepada kepentingan nasional melalui penyusunan materi hukum secara menyeluruh yang bersumber pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dengan memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku Oleh karena itu perlu dilanjutkan penyusunan dan proses pelaksanaan program legislasi nasional secara terpadu, yang meliputi penggantian peraturan perundang-undangan warisan kolonial dengan peraturan perundang-undangan yang bersumber pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, penggantian peraturan perundang-undangan nasional yang masih bertentangan baik horizontal maupun vertikal satu dengan yang lainnya, serta pembentukan peraturan perundang-undangan yang mampu menjawab tuntutan perkembangan zaman.”¹⁹⁾

¹⁸⁾ Ibid.

¹⁹⁾ Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia 1998, Penerbit Ghalia-Indonesia, Jakarta, 1998.

Berdasarkan uraian tentang kebijakan pembangunan hukum nasional di atas, maka dapat disimpulkan bahwa dalam konteks pembangunan hukum pidana nasional khususnya yang berwujud pembaharuan hukum pidana (baca: KUHP), kiranya sangat tepat sekali apabila penyusunannya bersifat terbuka terhadap kontribusi dari berbagai sumber bahan hukum baik itu berupa hukum-hukum agama, hukum adat, hukum barat (warisan masa kolonial Belanda) maupun hukum-hukum asing (sebagai manifestasi dari penerapan alasan adaptif dilakukannya pembaharuan). Sejalan dengan kebijakan dasar dalam GBHN di atas, Barda Nawawi Arief juga menegaskan bahwa komponen atau sumber bahan hukum bagi terbentuknya hukum nasional, dapat berasal dari sumber apapun juga, baik itu berasal dari sumber bahan hukum tradisional, hukum adat kebiasaan, hukum agama (c.q khususnya hukum agama Islam), hukum yang ada saat ini yang berasal/bersumber dari hukum Barat, maupun bahan-bahan hukum dari negara lain dan bahkan juga bahan-bahan yang telah merupakan kesepakatan atau kecenderungan dunia internasional.²⁰⁾ Tentu saja seluruh sumber bahan hukum tersebut terlebih dahulu harus sudah dikaji secara mendalam agar dapat ditemukan nilai-nilai serta asas-asasnya yang bersifat universal sehingga diantara sumber-sumber bahan hukum tersebut tidak ditemukan lagi adanya perbedaan-perbedaan mendasar dan yang paling penting juga tidak bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila dan UUD 1945. Kemudian nilai-nilai dan asas-asas hukum yang universal ini dikembangkan dan diangkat

²⁰⁾ Barda Nawawi Arief, *Pembangunan Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Makalah dalam Seminar Nasional tentang “Islam dan Perubahan Sosial (Kajian Hukum Islam di Indonesia)”, diselenggarakan oleh Himpunan Peminat Ilmu Syari’ah (HPIS) Jawa Tengah, di Semarang, tanggal 16 - 18 Oktober 1990, hal. 6.

menjadi kaidah-kaidah hukum normatif yang konkrit dalam perundang-undangan nasional.

Selanjutnya khusus dalam hubungannya dengan nilai-nilai hukum agama sebagai salah satu sumber bahan bagi upaya pembaharuan hukum pidana tersebut, W. Friedmann menyatakan: “diperlukannya petunjuk agama adalah karena dari agama dapat dilakukan pengukuran nilai yang sebenarnya tentang keadilan. Prinsip-prinsip agamalah yang menjadikan keadilan dari suatu bentuk praktis dan ia hanya dimiliki oleh agama”.²¹⁾

Urgensi dari penggunaan basis nilai-nilai hukum agama tersebut relevan untuk dikedepankan karena hukum pidana (baca: KUHP) nasional yang akan terbentuk nantinya tidak bisa tidak harus berakar dan sekaligus memanifestasikan rasa/nilai keadilan yang ada dalam kehidupan masyarakat. Sedangkan salah satu sumber pandangan tentang nilai keadilan masyarakat tersebut ialah ajaran agama yang menyatu dengan ideologi/keyakinan ummat pemeluknya. Dengan demikian membangun hukum pidana nasional yang responsif terhadap nilai-nilai ajaran hukum agama adalah memang sesuai dengan tuntutan rasa keadilan. Bahkan dalam perspektif kecenderungan internasional, perhatian terhadap nilai-nilai agama tersebut juga semakin menjadi kesadaran sejumlah besar negara, khususnya yang sistem hukum nasionalnya selama ini masih berupa “import” dari hukum asing semasa zaman kolonial dulu.

²¹⁾ W. Freidmann dalam Waheeduddin Khan (terjemahan), *Islam Menjawab Tantangan Zaman*, Penerbit Pustaka, Bandung, 1983, hal. 241.

Berdasarkan perkembangan yang terlihat dalam kongres-kongres PBB mengenai "The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders" dan kongres-kongres internasional mengenai kriminologi selama ini, mulai sering terungkap pernyataan-pernyataan keprihatinan mengenai kondisi sistem hukum sejumlah besar negara yang substansinya masih berupa hukum asing masa kolonial. Ungkapan keprihatinan tersebut menilai bahwa sistem hukum yang demikian pada umumnya telah usang dan tidak adil (*absolute and unjust*), sudah ketinggalan zaman dan tidak sesuai dengan kenyataan (*out moded and unreal*) karena tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan aspirasi masyarakat serta tidak responsif dengan kebutuhan-kebutuhan sosial masa kini. Bahkan kondisi hukum yang demikian (yakni tetap membiarkan berlakunya hukum asing warisan masa kolonial yang "absolute and unjust" serta tidak segera menerapkan kebijakan pembangunan hukum yang memperhatikan nilai-nilai moral agama dan kultural), dinyatakan dapat menjadi faktor kriminogen yang memberi kontribusi bagi terjadinya peningkatan kejahatan.

Solusi terhadap keprihatinan dari kondisi hukum di atas antara lain ialah diserukannya kepada negara-negara anggota agar mengembangkan pula suatu kebijakan pembangunan hukum yang memperhatikan, mengkaji dan "menggali" sistem/keluarga hukum yang bersumber pada hukum tradisional dan hukum agama.²²⁾

²²⁾ Keterangan lebih luas tentang substansi berbagai kongres PBB mengenai Prevention of Crime and The Treatment of offenders dan kongres-kongres internasional mengenai kriminologi, khususnya yang berkaitan dengan urgensi penggunaan basis nilai-nilai agama dan kultural dalam pembangunan hukum di atas, selanjutnya dapat dilihat dalam Barda Nawawi Arief, "Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana", *op cit*, hal. 326 - 329. Lihat juga Barda Nawawi Arief dalam "Pembangunan Hukum (Makalah)", *op cit*, hal 7-9. Periksa pula Barda Nawawi Arief dalam "Sumber-sumber Nilai Hukum Pidana di Indonesia dan Pengembangannya dalam Konteks

Dalam lingkup nasional, pembangunan hukum pidana yang harus berakar pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat khususnya yang berupa kultur (adat kebiasaan) dan agama tersebut juga telah dipandang sebagai amanat nasional. Persepsi yang demikian ini antara lain dapat disimpulkan berdasarkan banyaknya pernyataan dan ungkapan khususnya yang berkaitan dengan masalah strategi pengembangan hukum nasional dalam berbagai forum pertemuan ilmiah (seperti seminar, simposium, lokakarya dan lain-lain). Pernyataan dan ungkapan tersebut antara lain ialah yang terdapat di dalam:

1. Resolusi Bidang Hukum Pidana Seminar Hukum Nasional ke-1 Tahun 1963.

a) Resolusi Butir IV:

“Yang dipandang sebagai perbuatan jahat itu adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan dalam KUHP.....dst. Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan”.

b) Resolusi Butir VIII:

“Unsur-unsur hukum agama dan hukum adat diijinkan dalam KUHP”.

2. Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional Tahun 1980.

Dalam laporan angka II antara lain dinyatakan:

1.5. Usaha pembaharuan hukum pidana agar didasarkan pada Politik Hukum

Pidana dan Politik Kriminal yang mencerminkan aspirasi nasional dst.

Dalam hubungan ini maka proses pembaharuan tersebut haruslah melalui penelitian dan pengkajian yang mendalam tentang:

Negara-Kebangsaan”, Naskah pidato sambutan mewakili Menkeh RI dalam seminar nasional bertema “Potret Hukum Pidana Islam: Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif”, diselenggarakan oleh Fakultas Syariah IAIN Syahid Jakarta tanggal 23-24 Juni 1999.

1.5.1.

1.5.2. hukum pidana adat dan agama yang hidup dalam masyarakat
Indonesia, serta

1.5.3.

Berdasarkan berbagai pernyataan tersebut di atas, Barda Nawawi Arief bahkan menyatakan, bahwa upaya melakukan penggalian dan pengkajian terhadap nilai-nilai hukum adat maupun nilai-nilai hukum agama sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum pidana nasional, sesungguhnya tidak hanya merupakan "beban dan amanat nasional", melainkan juga merupakan "kewajiban dan tantangan nasional". Karena nilai-nilai hukum tersebut masih harus ditransformasikan dan diaktualisasikan sehingga dapat diterima menjadi norma-norma di dalam hukum nasional.²³⁾

Dalam penelitian ini, sesuai dengan batasan sebagaimana telah ditegaskan pada Bab Pendahuluan di muka, nilai-nilai hukum agama yang akan dikaji akan difokuskan kepada nilai-nilai hukum pidana yang terdapat di dalam ajaran agama Islam. Sehubungan dengan hal tersebut, maka dalam sub bab berikut ini secara khusus akan diuraikan terlebih dahulu suatu pembahasan mengenai eksistensi hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional Indonesia dan dasar-dasar justifikasi pemberlakuannya. Pembahasan masalah tersebut di atas dimaksudkan untuk melihat

²³⁾ Barda Nawawi Arief, *"Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana"*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 117 - 119. Lihat juga Barda Nawawi Arief dalam *"Pembangunan Hukum (Makalah)"*, op cit, hal. 9.

sejauh mana hukum pidana Islam tersebut memiliki prospek (peluang) kontributif dalam upaya pembaharuan hukum pidana (KUHP) di Indonesia.

D. Eksistensi Hukum Pidana Islam di Indonesia

Suatu kenyataan yang tidak disangkal bahwa sebagian terbesar rakyat Indonesia terdiri dari pemeluk agama Islam. Secara wajar, berdasarkan kenyataan tersebut tentu ummat Islam Indonesia sangat menginginkan diberlakukannya seluruh ajaran Islam (c.q. khususnya ajaran tentang hukum Islam) terhadap mereka. Hal demikian ini karena secara doktrinal qur'ani, seorang muslim memang diharuskan untuk berislam (masuk dan mengikuti semua aspek ajaran Islam) secara Kaaffah (total/menyeluruh).²⁴⁾ Berdasarkan konfigurasi doktrin ini, maka hukum di dalam Islam diyakini sebagai bagian dari agama. Hukum bukan merupakan lembaga atau bagian yang terlepas dari agama, sehingga melaksanakan hukum Islam berarti melaksanakan iman dan perintah-perintah Tuhan. Sebaliknya, melalaikannya berarti mengurangi kedua-duanya.²⁵⁾

Namun, kenyataan lain yang juga harus disadari oleh ummat Islam Indonesia ialah bahwa negara kita ini terdiri pula dari penduduk yang memeluk agama selain Islam, yaitu ada yang Kristen, Katholik, Hindu dan ada yang Budha bahkan ada yang merupakan penganut berbagai aliran kepercayaan. Dalam konteks demikian, maka keinginan kuat dari ummat Islam untuk memberlakukan hukum Islam di Indonesia

²⁴⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi Tahun 1993/1994, hal. 50 (Surat Al Baqarah: 208).

²⁵⁾ Saidus Syahar, *Asas-Asas Hukum Islam*, Penerbit Alumni Bandung, 1996, hal. 144.

tersebut tidak bisa tidak harus ditempatkan dalam wacana semangat kebersamaan dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang satu, dengan hukum yang satu pula yaitu yang disebut dengan hukum nasional. Konsekuensi dari wacana yang demikian ini ialah baik ummat Islam maupun ummat-ummat agama yang lain tentu tidak dapat dibenarkan apabila ingin memaksakan kehendaknya untuk secara mutlak memberlakukan hukum agamanya masing-masing.

Konstruksi berpikir di atas adalah merupakan akibat logis dari penerimaan konsep wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, dan wawasan Bhinneka Tunggal Ika sebagai satu kesatuan wawasan integral yang melandasi pelaksanaan pembangunan nasional Indonesia (termasuk tentunya pembangunan hukumnya) yang memang seharusnya dimiliki oleh setiap komponen bangsa Indonesia. Dalam perspektif ketiga wawasan pembangunan hukum di atas, maka orientasi kebersamaan dalam berbangsa dan bernegara tentu harus menjadi perhatian utama dari keseluruhan skala prioritas.

Namun demikian, khusus dalam konteks masalah bagaimana dan dimana seharusnya kedudukan hukum Islam dalam konfigurasi pembangunan hukum nasional Indonesia, kiranya sangat wajar apabila pemerintah atau institusi pembuat kebijakan hukum nasional perlu lebih memberikan perhatian secara bijaksana. Artinya, pemerintah perlu membuka politik akomodasi terhadap kontribusi hukum hukum Islam dalam struktur, kultur dan substansi hukum nasional yang dibangun. Tentu saja kebijakan akomodatif tersebut (sesuai dengan wawasan pembangunan hukum nasional), adalah sebatas prinsip-prinsip dasar yang terdapat dalam hukum Islam dan tidak menutup peluang kontribusi dari hukum agama-agama yang lain.

Dasar pemikiran dari perlunya pemerintah agar lebih memberikan perhatian secara bijaksana terhadap peluang kontribusi hukum Islam di atas ialah mengingat realitas sosial bahwa Islam merupakan agama yang dianut secara mayoritas oleh penduduk Indonesia. Selain itu juga mengingat bahwa masalah hukum dalam ajaran Islam sesungguhnya merupakan bagian integral (yang tidak boleh dipahami secara terpisah) dari keseluruhan “wilayah” keagamaan yang tentu akan mewarnai pandangan politik ummat pemeluknya yang mayoritas tersebut. Dalam konfigurasi berpikir yang demikian maka hukum pidana nasional yang sedang dibangun (c.q. melalui upaya pembaharuan KUHP), sesuai dengan sifat hukum pidana sebagai hukum publik, apabila sudah disahkan nanti tentu implikasinya akan berlaku terhadap semua golongan rakyat Indonesia baik yang mayoritas maupun yang minoritas. Oleh karena itu wajar apabila “konstruksi bangunan” hukum pidana nasional mendatang menerima dan memperhatikan hukum Islam sebagai bagian dari keseluruhan konsepsi agama yang menjadi keyakinan golongan terbesar rakyat Indonesia.

Untuk mencapai posisi akseptabilitas (penerimaan) hukum Islam dalam hukum nasional sehingga menjadi hukum yang akan berlaku dan diterima tidak hanya oleh kalangan Islam tetapi juga oleh seluruh komponen bangsa yang berbeda-beda kultur sosial dan agamanya tersebut, maka “kerja besar” yang harus dilakukan adalah mengkaji kaidah-kaidah hukum Islam secara tajam dan mendalam untuk menemukan prinsip-prinsip dasarnya atau asas-asasnya yang bersifat universal. Sebab dari asas-asas hukum Islam yang universal tersebut, selanjutnya dapat dilakukan suatu studi perbandingan dengan berbagai prinsip dasar hukum yang

terdapat dalam berbagai sistem hukum yang lain dalam rangka untuk mencari dan menemukan inti persamaannya, sehingga perbedaan-perbedaan yang tidak terlalu prinsipil dapat diupayakan penyelesaiannya. Tentu saja dalam usaha pencarian dan penemuan persamaan berbagai asas hukum yang universal di atas, semua pihak harus bersikap “give and take” berdasarkan semangat kebersamaan dalam berbangsa dan bernegara serta tidak bersifat mutlak-mutlakan dalam mengaplikasikan keinginan atau cita-cita hukumnya. Apabila upaya yang demikian dapat direalisasikan, maka selanjutnya asas-asas hukum yang universal dari berbagai sistem hukum (agama, adat, barat dan lain-lain) yang telah ditemukan inti persamaannya tersebut, ditransformasikan menjadi norma-norma hukum nasional yang konkrit sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945 serta relevan dengan kebutuhan hukum riil dari beragam macam masyarakat Indonesia yang benar-benar pluralistik ini.

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa untuk mengetahui apakah hukum pidana Islam di Indonesia ini sungguh-sungguh memiliki peluang kontributif dalam rangka pembaharuan hukum pidana (KUHP), serta sejauh manakah kontribusi tersebut dapat diberikan, setidaknya ditentukan oleh dua hal (persoalan). Pertama, apakah hukum pidana Islam benar-benar memiliki dasar justifikasi dan sekaligus legitimasi untuk diberlakukan dalam tata hukum di Indonesia? Dengan kata lain, bagaimanakah sesungguhnya kedudukan hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional Indonesia?. Kemudian hal yang kedua, sejauh manakah “kerja besar” untuk mencari dan menemukan prinsip-prinsip dasar dari hukum pidana Islam yang bersifat universal dapat dilakukan? Urgensi persoalan

kedua ini adalah mengingat bahwa yang dapat ditransformasikan menjadi norma-norma konkrit hukum pidana nasional bukanlah kaidah-kaidah normatif tekstual secara murni dari hukum pidana Islam, melainkan prinsip-prinsip dasarnya atau asas-asasnya yang telah melalui filterisasi oleh nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945 serta akseptabel oleh berbagai komponen bangsa selain Islam.

Sehubungan dengan permasalahan di atas, maka perlu dijelaskan pengertian yang dimaksudkan dalam penelitian thesis ini yaitu tentang “kedudukan hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional Indonesia”.

Secara etimologis, istilah “kedudukan” artinya ialah tempat dan keadaan yang sebenarnya dari sesuatu (dalam hal ini hukum pidana Islam). Sedangkan istilah “tata hukum” berarti susunan atau sistem hukum yang berlaku di suatu daerah atau negara tertentu (dalam hal ini Indonesia).²⁶⁾ Dengan demikian, yang dimaksud dengan kedudukan hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional Indonesia ialah tempat dan keadaan hukum pidana Islam dilihat dari susunan atau sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

Dalam perspektif historis, perkembangan realitas menunjukkan bahwa di Negara Republik Indonesia (yang dulu bernama Hindia Belanda), sampai sekarang ini pernah dan masih terus berlaku beberapa sistem hukum yang memiliki corak dan susunan sendiri-sendiri. Beberapa sistem hukum tersebut ialah sistem hukum adat, sistem hukum Islam dan sistem hukum barat.

²⁶⁾ Lihat W.J.S. Poerwadarminta, *“Kamus Umum Bahasa Indonesia”*, Penerbit Balai Pustaka, Jakarta, 1976, hal. 260 dan hal. 1024. Lihat juga *“Kamus Besar Bahasa Indonesia”*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Penerbit Balai Pustaka, Jakarta, hal. 214 dan hal. 906.

Khusus dalam konteks masalah berlakunya Islam di Indonesia, berdasarkan informasi kepustakaan diketahui bahwa hukum Islam sesungguhnya telah ada (berlaku) di Indonesia sejak orang Islam datang dan bermukim di bumi nusantara ini. Adapun persoalan kapan saat pertama kali Islam masuk ke Indonesia, secara akademis (dalam arti berdasarkan argumentasi-argumentasi ilmiah), tampaknya masih terus menjadi polemik di antara para ahli sejarah. Namun demikian, secara garis besar dapat diklasifikasikan ke dalam dua kelompok pendapat. Pertama, ada yang menyatakan Islam telah masuk ke Indonesia pada abad pertama Hijriah (bertepatan dengan abad ke tujuh Masehi) melalui mubaligh-mubaligh Islam yang langsung datang dari Arab. Sedang pendapat kedua menyatakan bahwa Islam baru sampai ke Nusantara ini pada abad ke tiga belas Masehi melalui kontak perdagangan dan selanjutnya diteruskan melalui asimilasi kekeluargaan (perkawinan) antara saudagar-saudagar muslim yang datang dari Persia melalui Gujarat India dengan penduduk pribumi.²⁷⁾

Dalam keseluruhan proses berlangsungnya Islamisasi di Indonesia, ternyata peranan hukum Islam (sebagai bagian integral dari seluruh ajaran agama Islam) cukup besar. Dalam hubungan ini An-Naqueb Al-Attas memaparkan temuan bahwa apabila seorang mubaligh muslim (dalam rangka dakwah/penyebaran agama Islam) ingin menikahi seorang wanita pribumi, maka wanita tersebut diislamkan terlebih dahulu baru kemudian prosesi pernikahannya dilaksanakan menurut ketentuan

²⁷⁾ Pembahasan lebih mendalam tentang masalah ini dapat dibaca misalnya dalam kesimpulan Seminar tentang Masuknya Islam di Indonesia yang pernah diselenggarakan di Medan pada tanggal 17 Maret 1963. Lihat pula K.N. Sofyan Hasan dan Warkum Sumitro dalam *"Dasar-Dasar Memahami Hukum Islam di Indonesia"*, Penerbit Usaha Nasional, Surabaya, 1994, hal. 17 - 49.

hukum Islam. Selanjutnya, keluarga yang tumbuh dari hasil perkawinan itu mengatur hubungan antar anggota-anggotanya dengan landasan kaidah-kaidah hukum Islam atau dalam hal-hal tertentu terkadang masih juga menggunakan kaidah-kaidah hukum setempat (adat kebiasaan) namun sudah disesuaikan dengan nilai-nilai Islam. Cara islamisasi demikian ini berlangsung secara bertahap dan terus menerus sehingga akhirnya di berbagai wilayah terbentuk sejumlah keluarga besar keluarga muslim sebagai suatu komunitas yang mempraktekkan Islam (khususnya ajaran hukumnya) dalam realitas kehidupan sehari-hari.²⁸⁾

Disamping Islamisasi (termasuk implementasi hukumnya) dilakukan dengan pendekatan horizontal yakni melalui asimilasi kekeluargaan dengan penduduk, para pendakwah Islam (ulama) juga melakukannya dengan pendekatan vertikal yakni dengan cara menjalin hubungan “mesra” dengan para penguasa dari kerajaan-kerajaan yang ada pada saat itu. Seperti Kerajaan Samudera Pasei, Kesultanan Banjar, Palembang, Banten, Demak, Mataram dan lain sebagainya. Pendekatan dakwah demikian ini tentu membuka peluang bagi kemudahan penyebaran agama Islam dan tentu saja penerapan hukum-hukumnya dalam komunitas muslim yang ada di wilayah kerajaan-kerajaan tersebut. Kenyataan di atas antara lain dapat dibuktikan dari karya pujangga/ulama kerajaan yang hidup pada masa itu (seperti karya berupa kitab “Shirathal Mustaqiem”, kitab “Sabiilal Muhtadien”, kitab “Minhaj Ath-Thalibin”, kitab “Muharrar”, dan lain-lain) yang menurut sejarah kitab-kitab berisi hukum Islam tersebut menjadi rujukan dan sekaligus pedoman penguasa dalam

²⁸ An-Naquiib Al-Attas, *“Islam dan Sekularisme”*, Penerbit Pustaka Bandung, 1981, hal 247.

memberikan putusan hukum bagi penyelesaian persoalan-persoalan yang dihadapi rakyat (masyarakat muslim) di wilayah kerajaan-kerajaan tersebut.²⁹⁾

Perkembangan Islam melalui pertumbuhan masyarakat muslim dan praktek-praktek pelaksanaan hukum Islam di atas terus berlanjut secara luas, dan alami sampai akhirnya di Indonesia terjadi perubahan dalam masalah kekuasaan. Maksudnya, kekuasaan atas wilayah Indonesia yang tadinya berada di bawah kerajaan-kerajaan, secara bertahap kemudian jatuh dan dikuasai oleh VOC.

VOC yang semula hanya merupakan sebuah kongsi perdagangan Belanda di Indonesia, pada saat berubah status menjadi suatu kekuasaan pemerintahan dan ingin mengukuhkan kekuasaannya tersebut, antara lain dilakukan dengan cara menerapkan pemberlakuan hukum Barat (Belanda) secara paksa terhadap seluruh golongan penduduk di Indonesia melalui praktek-praktek peradilan yang dibentuk. Namun keinginan di atas mendapati sebuah realitas penolakan secara keras oleh golongan penduduk pribumi. Karena bagi mereka (khususnya pribumi muslim), selain hukum adat (norma kebiasaan), hukum Islam diyakini telah menjadi bagian dari institusi sosial yang harus digunakan dalam penyelesaian berbagai persoalan (hukum) yang muncul dalam kehidupan mereka sehari-hari. Adanya keyakinan demikian ini mengingat dalam ajaran Islam, hukum dipandang sebagai bagian tak terpisahkan dari keseluruhan ajaran agama.³⁰⁾

Secara hypotetis, barangkali realitas penolakan terhadap penerapan hukum Belanda oleh pribumi Muslim di atas itulah yang akhirnya mendorong penguasa

²⁹⁾ Syaifuddin Zuhri, "*Sejarah Kebangkitan Islam dan Perkembangan di Indonesia*", Penerbit Al-Maarif, Bandung, 1979, hal. 204 dan seterusnya.

³⁰⁾ Mohammad Daud Ali, "*Hukum Islam (Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia)*", Penerbit Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hal. 212-213.

pemerintahan VOC waktu itu (tahun 1706) untuk menyusun sebuah “compendium” atau Kitab Hukum³¹⁾ untuk dipergunakan sebagai dasar dan pedoman oleh pengadilan dalam menyelesaikan sengketa hukum yang terjadi di kalangan ummat Islam di daerah-daerah yang dikuasai VOC. Bahkan karena melihat realitas kemajemukan masyarakat Indonesia, selain compendium induk tersebut, pemerintahan VOC juga menciptakan beberapa kitab hukum lain yang diberlakukan secara khusus untuk wilayah-wilayah hukum Landraad (Pengadilan Negeri) tertentu. Misalnya kitab hukum bernama “Magharraer” yang substansinya sebagian besar memuat ajaran/ketentuan hukum pidana Islam yang diberlakukan untuk wilayah hukum Landraad Semarang. Kemudian kitab hukum “Pepakem Cirebon” yang berisi hukum-hukum Jawa kuno yang diberlakukan di wilayah hukum Landraad Cirebon, selanjutnya kitab hukum bernama “Compendium Indlansche Wetten bij de Hoven van Bone en Goa” yang disahkan VOC untuk diberlakukan di Makassar (Sulawesi Selatan) dan lain sebagainya.³²⁾

Berdasarkan kenyataan-kenyataan di atas, maka wajar apabila ada pandangan menyimpulkan bahwa hukum Islam memang nyata-nyata telah hidup/berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat muslim Indonesia selama masa kekuasaan pemerintahan VOC yang berlangsung hampir dua abad (1602 - 1800) tersebut. Pendapat demikian antara lain justru juga dikuatkan oleh beberapa ahli Belanda tentang Indonesia (Hindia Belanda). Misalnya Solomon Keyzer (1823 - 1868),

³¹⁾ Dalam Kepustakaan, Compendium tersebut terkenal dengan nama “Compendium Freijer” karena disusun oleh D.W. Freijer atas perintah pemerintahan VOC dan kemudian diperbaiki serta disempurnakan seperlunya oleh para ulama Islam. Pendalaman tentang Compendium Freijer ini dapat dilihat dalam Taufiq Idris, “*Aliran-aliran Populer dalam Theologi Islam*”, Bina Ilmu, Surabaya, 1980.

Lodewijk Willem Christian van den Berg (1845 - 1927), Carel Frederik Winter (1799 - 1859) dan lain-lain.³²⁾ Bahkan van den Berg secara tegas menyatakan bahwa sesungguhnya hukum yang berlaku bagi rakyat pribumi pada masa pemerintahan VOC dan masa-masa awal pemerintahan Hindia Belanda tersebut adalah hukum agamanya, sehingga bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam sebab mereka telah memeluk agama Islam. Keadaan demikian ini oleh van den Berg kemudian disebutnya sebagai “telah terjadi Receptie in Complexu” (penerimaan hukum Islam oleh masyarakat/pribumi muslim secara penuh).³⁴⁾

Pandangan van den Berg di atas, sesungguhnya memang memiliki dasar justifikasi apabila dikaitkan dengan doktrin agama yang mengajarkan bahwa hukum Islam adalah merupakan bagian integral dari keseluruhan ajaran agama Islam. Dengan demikian konsekuensinya ialah apabila seseorang telah mau menerima atau memeluk Islam sebagai agamanya, maka berarti ia juga dinilai telah menerima otoritas hukum Islam atas dirinya.³⁵⁾

Dalam perspektif teori, doktrin agama di atas oleh H.A.R. Gibb disebutnya dengan nama “Teori Penerimaan Otoritas Hukum”. Dalam masalah hubungan antara hukum Islam dengan masyarakat (pribumi) muslim di Indonesia ini, Gibb

³²⁾ Supomo-Djokosutono, “*Sejarah Politik Hukum Adat*”, Penerbit Djembatan, Jakarta, 1955, hal. 8 - 30. Lihat juga Soerjono Soekanto, “*Meninjau Hukum Adat Indonesia*”, Penerbit Rajawali, Jakarta, 1981, hal. 24.

³³⁾ M. Idris Ramulyo, “*Asas-asas Hukum Islam: Sejarah Timbul dan Berkembangnya Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum di Indonesia*”, Penerbit Sinar Grafika, Jakarta, 1995, hal 54. Lihat juga Mohammad Daud Ali, “*Teori Resepsi dalam Pemikiran Hukum Indonesia*”, Makalah pada Penataran Dosen Pendidikan Agama Islam Se-Indonesia di Jakarta, tanggal 8 Januari 1982.

³⁴⁾ Sayuti Thalib, “*Receptio a Contrario (Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam)*”, Penerbit Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal 7. Lihat juga Bustanul Arifin “*Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia*”, Penerbit Gema Insani Press, Jakarta, 1996, hal. 35.

menjelaskan bahwa agama Islam telah diterima atau dianut oleh sebagian besar masyarakat. Meskipun masyarakat tersebut mempunyai tradisi sosial dan hukum sendiri yang panjang, tapi dalam menganut Islam sebagai agamanya, pada pokoknya anggota-anggota masyarakat itu membenarkan kekuasaan hukum Islam atas diri mereka. Pembeneran dan penerimaan otoritas hukum Islam tersebut karena memang diperintahkan oleh Allah dan Rasul-Nya. Oleh karena itu, kalau mereka telah menerima Islam sebagai agamanya yang mengajarkan ketaatan terhadap Allah dan Rasul-Nya, maka mereka akan menerima pula otoritas hukum Islam terhadap dirinya.³⁶⁾

Disamping justifikasi berdasarkan doktrin agama yang dikuatkan oleh teorinya Gibb tentang "Penerimaan Otoritas Hukum" di atas, pandangan van den Berg yang menyimpulkan bahwa hukum agama Islam adalah yang berlaku bagi pribumi muslim Indonesia, secara yuridis juga memiliki legitimasi berdasarkan Reglement op het beleid der regeering van Nederlandsch Indie atau biasa disingkat Regeerings Reglement (R.R). Regeerings reglement ini kedudukannya merupakan semacam Undang-Undang Dasar Hindia Belanda yang dimuat dalam Staats Blad 1884 No. 129 (di Negeri Belanda) atau dalam Staats Blad 1885 No. 2 (di Hindia Belanda/Indonesia).³⁷⁾

³⁵⁾ Simak kembali ketentuan Q.S. Al-Baqarah: 208.

³⁶⁾ Penjelasan H.A.R. Gibb tentang teorinya "Penerimaan Otoritas Hukum" di atas, termuat dalam bukunya *"The Modern Trends of Islam"* terjemahan Indonesia oleh L.E. Hakim *"Aliran-Aliran Modern dalam Islam"* sebagaimana dikutip oleh Ichtijanto, S.A dalam tulisannya berjudul *"Pengembangan Teori Berlakunya Hukum di Indonesia"*, Makalah dalam editing buku *"Hukum Islam di Indonesia: Perkembangan dan Pembentukan"*, Penerbit PT Remaja Rosda Karya, Bandung, 1991, hal. 115.

³⁷⁾ Mohammad Yamin, *"Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945"*, Penerbit Yayasan Prapanca, Jakarta, 1959, Jilid I, hal. 314.

Dalam R.R. pasal 75 ayat (3) dinyatakan: “Apabila terjadi sengketa hukum antara orang-orang Indonesia yang beragama Islam, oleh Hakim Indonesia haruslah diberlakukan hukum agama Islam dan kebiasaan mereka”. Kemudian dalam ayat (4) pasal 75 R.R itu juga ditentukan: “Hukum agama, adat dan kebiasaan itu juga dipakai untuk mereka oleh Hakim Eropa pada pengadilan yang lebih tinggi apabila terjadi Hoger Beroep atau permintaan pemeriksaan banding”. Bahkan dalam pasal 78 R.R itu ditegaskan lebih lanjut pada ayat (2)-nya: “Dalam hal terjadi perkara perdata antara sesama orang Indonesia atau yang dipersamakan dengan mereka, maka mereka tunduk kepada putusan hakim agama atau kepada masyarakat mereka menurut hukum agama dan ketentuan-ketentuan lama mereka”.³⁸⁾

Berdasarkan uraian tentang keberadaan hukum Islam dalam realitas praktek kehidupan masyarakat pribumi (khususnya yang beragama Islam) di atas, serta berdasarkan pula berbagai ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana telah dikutip terdahulu (seperti beberapa compendium dan ketentuan/pasal dalam Regeerigs Reglement yang merupakan landasan hukum bagi praktek peradilan semasa pemerintah VOC dan masa-masa awal pemerintahan Hindia Belanda), maka dapat ditegaskan suatu kesimpulan bahwa perspektif historis telah membuktikan hukum Islam benar-benar pernah ada (hidup/berlaku) dan diakui eksistensinya sebagai hukum positif bagi orang Indonesia terutama yang beragama Islam. Meskipun harus diakui pula bahwa berbagai ketentuan perundang-undangan yang

³⁸⁾ Kutipan terjemahan beberapa pasal dari Regeerings Reglement di atas adalah diambilkan dari buku K.N. Sofyan Hasan dan Warkum Sumitro, “*Dasar-Dasar Memahami Hukum Islam di Indonesia*”, *op. Cit.*, hal. 140.

mengakui eksistensi hukum Islam tersebut substansi pengaturan hukumnya memang cenderung masih terbatas pada aspek hukum keperdataannya.

Adapun bukti sejarah mengenai pernah berlakunya hukum Islam di Indonesia khususnya yang berkaitan dengan aspek hukum pidananya, selain tercermin dari pemberlakuan kitab hukum “Mughorraer” yang pada waktu itu (masa pemerintah VOC) diperuntukkan sebagai dasar penyelesaian kasus-kasus pidana di wilayah hukum Landraad Semarang, juga tercermin dari isi salah satu laporan hasil penelitian van Vollen hoven mengenai hukum adat Indonesia.

Dalam salah satu bukunya yang berjudul “Orientasi Dalam Hukum Adat Indonesia”,³⁹⁾ van vollen hoven antara lain mengemukakan bahwa ada beberapa kasus di Aceh dan beberapa daerah lainnya di Indonesia, dimana hukum potong tangan untuk para pencuri pernah diterapkan di daerah-daerah itu jauh sebelum bangsa Eropa (Belanda) memperkenalkan sistem hukum Barat kepada masyarakat Indonesia. Sehingga dahulu, seperti juga ditegaskan oleh Snouck Hourgronje yang melakukan penelitian secara khusus di Aceh, di sana terdapat banyak orang yang tanpa tangan karena mencuri. Banyak pula diantara para pencuri tersebut atau karena tindak pidana lainnya mengalami hukuman pembuangan (pengasingan) ke Pulau We.⁴⁰⁾ Fakta lain juga ditunjukkan oleh Hazairin yang menuliskan bahwa di beberapa wilayah di Indonesia yang dikenal cukup kuat Islamnya seperti Aceh, Madura dan lain-lain, pelaksanaan beberapa jenis hukuman yang dikenal dalam stelsel pidana

³⁹⁾ van Vollen hoven dalam Jimly As-Shiddiqie *“Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia”*, Penerbit Angkasa, Bandung, 195, hal. 208.

⁴⁰⁾ Hukuman potong tangan dan hukuman pembuangan (pengasingan) adalah merupakan dua jenis sanksi pidana yang ada dalam stelsel pidana Islam. Di samping ke dua jenis sanksi pidana tersebut,

Islam adalah kenyataan yang dapat dijumpai dalam praktek kehidupan masyarakat sehari-hari. Kenyataan tersebut secara bertahap baru dihapuskan sejak pemerintahan Hindia Belanda mulai mengukuhkan kekuasaannya di Indonesia. Misalnya hukuman cambukan rotan dalam daerah Gubernemen Hindia Belanda yang baru dihapuskan semenjak berlakunya Stb. 1866/15. Kemudian hukuman mutilasi (potong kaki dan potong tangan) di daerah Aceh yang dihapus melalui pemberlakuan pasal 14 Stb. 1916/432.⁴¹⁾

Realitas historis mengenai berlakunya hukum Islam di tengah-tengah masyarakat pribumi (muslim) Indonesia pada masa silam tersebut, dalam perkembangannya kemudian mengalami proses eliminasi peran atau bahkan penenggelaman dalam sejarah pertumbuhan tata hukum Indonesia. Proses tersebut terjadi yakni pada saat kekuasaan pemerintahan Hindia Belanda (sebagai pengganti pemerintahan VOC) merubah total politik hukumnya dengan memberlakukan wet op de staats in richting van Nederlands - Indie atau biasa disingkat Indische Staatsregeling (I.S.).⁴²⁾ Dalam pasal 134 ayat (2) I.S., termuat suatu ketentuan yang antara lain menegaskan bahwa hukum Islam baru dapat digunakan sebagai dasar penyelesaian perkara/sengketa antara orang-orang pribumi Islam apabila hukum Islam tersebut telah diterima dan menyatu menjadi hukum adat mereka dan sejauh tidak ditentukan lain dengan suatu ordonansi.

hukum Islam juga mengenal jenis-jenis pidana lainnya seperti: qishash, cambuk, rajam, ta'ziir dan sebagainya yang secara khusus akan diuraikan dan dibahas dalam Bab IV nanti.

⁴¹⁾ Hazairin, *"Tujuh Serangkai tentang Hukum"*, Bab II tentang *"Sekelumit Persangkutan Hukum Adat"*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal. 53 - 54.

⁴²⁾ Indische Staatsregeling (I.S.) merupakan Undang-Undang Dasar Hindia Belanda pengganti R.R yang diundangkan dalam Staatsblaad 1929 No. 212

Ketentuan pasal 134 ayat (2) I.S. di atas, memiliki implikasi yuridis yang serius terhadap kekuatan berlaku dari hukum Islam. Sebab sejak berlakunya ketentuan dalam pasal tersebut, maka hukum Islam tidak dapat lagi diberlakukan secara otomatis/dengan sendirinya sebagai bagian dari ajaran agama terhadap penduduk muslim Indonesia. Hukum Islam hanya dapat berlaku dengan syarat apabila secara realitas sosial, hukum Islam tersebut telah diterima (diresepsi) serta menyatu menjadi satu kesatuan dengan hukum adat (kebiasaan) tempat masyarakat muslim tersebut berada.⁴³⁾ Dengan kata lain, menurut teori resepsi ini, kedudukan hukum adat seolah merupakan “lex superior” yang membawahi dan sekaligus berfungsi sebagai penyaring (filter) untuk menentukan apakah suatu norma hukum Islam dapat diberlakukan ataukah tidak.

Dalam perspektif falsafah hukum Islam, ajaran teori resepsi yang dilegitimasi oleh pasal 134 ayat (2) I.S. di atas, sesungguhnya sangat kontradiktif dengan ajaran hukum Islam yang justru menempatkan adat atau kebiasaan suatu masyarakat sebagai bagian dari hukum Islam dengan syarat tertentu, yakni sepanjang adat tersebut tidak bertentangan dan secara perlahan justru dapat menyesuaikan diri dengan asas-asas dan prinsip-prinsip yang berlaku dalam hukum Islam yang tercantum di dalam nash Al-Qur'an atau Sunnah Rasul.⁴⁴⁾

⁴³⁾ Snouck Hurgronje menyebut teori berlakunya hukum Islam dengan syarat apabila telah diterima menjadi hukum adat tersebut dengan nama “Teori Resepsi”.

⁴⁴⁾ Ahmad Azhar Basyir, “*Hukum Adat Bagi Umat Islam*”, Penerbit Nur Cahaya, Yogyakarta, 1983, hal. 30.

Ajaran hukum Islam dalam hubungannya dengan adat/kebiasaan masyarakat di atas, adalah dilandasi oleh beberapa kaidah fikih. Seperti “Al-‘aadatu Muhakhamatun”, artinya adat kebiasaan dikukuhkan sebagai hukum (setelah memenuhi syarat tertentu). Atau kaidah fikih lain yang berbunyi: “Al-Ma’rufu ‘Urfan Kalmasyruthi Syar’an” (sesuatu yang telah dikenal/dipandang berlaku menurut kebiasaan adalah berkedudukan seperti yang disyaratkan menurut syara’/hukum agama).⁴⁵⁾ Berdasarkan ajaran hukum Islam yang demikian, maka Sayuti Thalib menegaskan pandangannya dalam sebuah teori yang dinamakannya “Receptie a Contrario Theory”. Teori yang merupakan kebalikan dan sekaligus penentangan terhadap ajaran teori Resepsi-nya Snouck Hurgronje ini, mengajarkan bahwa justru hukum adat itu baru bisa diberlakukan terhadap masyarakat muslim apabila adat tersebut telah diterima dan menyatu menjadi bagian dari hukum Islam, bukan sebaliknya. Bukti realitas sosial yang mendasari pandangan Sayuti Thalib ini antara lain ialah tercermin dari ungkapan adat yang sangat populer bahwa “hukum adat bersendi syara’, syara’ bersendi kitabullah”. Jadi bukan syara’ yang bersendikan adat, melainkan adatlah yang harus bersendi syara’.⁴⁶⁾

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pemberlakuan pasal 134 ayat (2) I.S oleh pemerintahan Hindia Belanda yang dimaksudkan sebagai alat politik untuk

⁴⁵⁾ Kaidah fikih adalah kaidah umum yang disusun melalui penelitian secara induktif terhadap materi-materi hukum yang disebutkan dalam nash Qur’an atau Hadits yang berfungsi sebagai pedoman dalam memberikan ketentuan hukum terhadap berbagai macam peristiwa hukum. Pemahaman secara baik mengenai kedudukan dan fungsi kaidah fikih dalam struktur ajaran hukum Islam ini, antara lain dapat dibaca Abdul Wahhab Khallaf, *“Kaidah-Kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)”*, Penerbit C.V Rajawali, Jakarta, 1989. Lihat juga Ahmad Azhar Basyir, *“Pokok-pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam”*, Penerbit Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1984.

⁴⁶⁾ Sayuti Thalib, *op cit*, hal 69.

menghilangkan eksistensi hukum Islam dalam realitas kehidupan masyarakat muslim Indonesia, apabila ditinjau secara doktrinal (dalam hal ini menurut ajaran hukum Islam), sesungguhnya telah gugur atau tidak sah sejak semula. Sebab substansi pasal tersebut sangat bertolak belakang dengan ajaran yang sebenarnya dari hukum Islam mengenai hubungannya dengan masalah hukum adat ini. Jadi, persoalan berlakunya hukum Islam dalam kehidupan masyarakat (pribumi) muslim Indonesia sebagaimana dikukuhkan oleh beberapa teori yang telah dijelaskan terdahulu (yaitu teori “Receptie in Complexu”, “Penerimaan Autoritas Hukum” dan Receptie a Contrario”) adalah fakta sejarah yang tidak dapat dihapuskan oleh rekayasa politik hukum apapun seperti yang pernah diterapkan Belanda melalui pemberlakuan pasal 134 ayat (2) I.S. tersebut.

Setelah Indonesia merdeka dan tentunya sampai saat sekarang ini, justifikasi teoritik tentang berlakunya hukum Islam di Indonesia tersebut semakin dikukuhkan oleh eksistensi Undang-Undang Dasar yang baru yakni UUD 1945. Dalam hubungan ini, Hazairin menegaskan pandangannya yang terkenal dengan nama teori “Receptie Exit” bahwa sejak proklamasi kemerdekaan dan setelah UUD 1945 resmi menjadi UUD negara, maka seluruh peraturan perundang-undangan pemerintahan Hindia Belanda yang berlakunya berdasarkan ajaran teori Receptie (termasuk pasal 134 ayat (2) I.S.) harus dinyatakan tidak berlaku atau keluar (exit) karena jiwanya bertentangan dengan UUD 1945. Hal yang mendasari ajaran teori Receptie Exit di atas adalah ketentuan pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang menyatakan bahwa hukum yang lama (yakni hukum yang telah ada sebelum Indonesia merdeka dan

sebelum UUD 1945 sah dan resmi menjadi UUD negara) masih berlaku selama jiwanya tidak bertentangan dengan UUD 1945. Adapun kriteria untuk menilai ada tidaknya pertentangan jiwa antara hukum lama dengan UUD 1945 antara lain adalah dengan melihat ketentuan pasal 29 UUD 1945 itu sendiri yang menurut sistematika termasuk ke dalam Bab XI tentang Agama. Berdasarkan pasal 29 UUD 1945 ini, maka dalam kehidupan bernegara di Indonesia tidak boleh lagi ada aturan hukum yang substansinya bertentangan dengan ajaran agama atau aturan Tuhan Yang Maha Esa (ingat pasal 29 (1) menyatakan bahwa negara berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa).⁴⁷⁾ Jadi, dengan demikian aturan hukum apapun yang telah ada sebelum berlakunya UUD 1945 ataupun yang akan diadakan di masa-masa mendatang setelah berlakunya UUD 1945, apabila bertentangan dengan agama (c.q. khususnya ajaran hukum agama) yang berlaku di Indonesia, maka aturan hukum tersebut harus dinyatakan tidak sah berlaku. Berdasarkan konfigurasi pemikiran yang demikian, maka ajaran teori resepsi yang dikuatkan melalui pemberlakuan pasal 134 ayat (2) I.S. di atas, dimana berdasarkan kajian kaidah fiqh menurut hukum Islam terbukti bahwa ajaran teori resepsi tersebut sangat bertentangan dengan ajaran hukum agama Islam. Oleh karenanya maka secara yuridis konstitusional ia harus dihapuskan/dinyatakan tidak berlaku (exit dari kerangka konstitusi Indonesia).

Kesimpulan dari berbagai uraian di atas ialah setelah proklamasi kemerdekaan Indonesia dan setelah UUD 1945 secara resmi menjadi UUD negara, maka dasar yang memberikan justifikasi dan sekaligus legitimasi bagi berlakunya

⁴⁷⁾ Hazairin, *"Tujuh Serangkai tentang Hukum"* Bab I tentang *"Negara Tanpa Penjara"*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta, 1986, hal. 29-30.

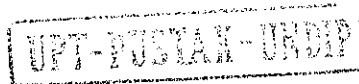
hukum Islam dan hukum agama-agama lain di Indonesia adalah pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang secara lengkap berbunyi sebagai berikut :

“(1) Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa,” dan (2) Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu.”

Menurut Hartono Mardjono, ketentuan pasal 29 ayat (1) UUD 1945 tersebut di atas sesungguhnya mengandung tiga muatan makna. Yaitu :

1. Negara tidak boleh membuat peraturan perundang-undangan atau melakukan kebijakan-kebijakan yang bertentangan dengan dasar keimanan kepada Tuhan Yang Maha Esa.
2. Negara berkewajiban membuat peraturan-peraturan perundang-undangan atau melakukan kebijakan-kebijakan bagi pelaksanaan wujud rasa keimanan kepada Tuhan Yang Maha Esa.
3. Negara berkewajiban membuat peraturan-peraturan perundang-undangan yang melarang siapa pun melakukan pelecehan terhadap ajaran agama ...⁴⁸⁾

Sedangkan pasal 29 ayat (2) UUD 1945 yang didalamnya terdapat kata “kemerdekaan ... untuk beribadat dan seterusnya” sebagai kelanjutan dari jaminan negara bagi tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya, maka pengertian beribadat tersebut tiada lain adalah menjalankan syariat (hukum) agama. Jadi ketentuan pasal di atas mengandung makna negara berkewajiban menjalankan hukum agama Islam sebagai hukum dunia untuk umat Islam, hukum agama Kristen untuk umat Kristen, hukum agama Hindu untuk umat Hindu dan seterusnya sesuai



⁴⁸⁾ Hartono Mardjono, *"Menegakkan Syariat Islam dalam Konteks Keindonesiaan"*, Penerbit Mizan, Bandung, 1997. hal. 28.

syariat (hukum) agama yang dianut oleh bangsa Indonesia bila agama tersebut mempunyai hukum agama untuk penganutnya.⁴⁹⁾

Berdasarkan seluruh uraian di atas, maka dapat ditegaskan suatu kesimpulan bahwa eksistensi hukum Islam di Indonesia termasuk tentunya ajaran hukum pidananya, adalah fakta yang justified dan sekaligus juga legitimate baik ditinjau dari segi sosio-historis maupun yuridis-konstitusional. Oleh karena itu, maka pembangunan hukum nasional di Indonesia (khususnya dalam hal ini yang berupa pembaharuan hukum pidana nasional), sesuai amanat konstitusi yakni pasal 29 UUD 1945 yang dijabarkan dalam beberapa TAP MPR seperti telah diuraikan terdahulu tidak bisa tidak harus mempertimbangkan eksistensi hukum pidana Islam yang menjadi bagian tak terpisahkan dari keyakinan keagamaan kaum muslimin sebagai umat mayoritas di negara Republik Indonesia. Atau dengan kata lain, adanya dasar justifikasi dan legitimasi atas keberadaan hukum pidana Islam dalam tata hukum nasional di Indonesia tersebut, menunjukkan bahwa hukum pidana Islam memiliki dasar keabsahan untuk diberlakukan di Indonesia dan oleh karenanya hukum pidana Islam juga sangat prospektif (berpeluang) untuk bisa memberikan kontribusi dalam upaya pembangunan (dalam hal ini melalui pembaharuan) hukum pidana nasional. Dalam hubungan ini kiranya tepat sekali pandangan Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa pembangunan hukum nasional (termasuk yang berupa pembaharuan hukum pidana-pen) mestilah berasal dari pemahaman dan kesadaran

⁴⁹⁾ Hazairin, "*Demokrasi Pancasila*", Penerbit Rineka Cipta, Jakarta, 1990, hal.75.

hukum masyarakat antara apa yang mereka pandang sebagai hukum (sein) dan apa yang mereka cita-citakan sebagai hukum (sollen).⁵⁰⁾

Jadi persoalannya yang terpenting sekarang ialah bagaimana merealisasikan usaha pengkajian yang mendalam terhadap ajaran hukum pidana Islam agar dapat ditemukan prinsip-prinsip dasarnya sehingga dapat ditransformasikan menjadi kaidah-kaidah normatif secara konkrit dalam hukum pidana positif nasional. Kajian yang dimaksudkan di atas akan dipaparkan secara khusus dalam Bab IV di depan nanti.

⁵⁰⁾ Sudikno Mertokusumo, *"Mengenal Hukum"*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1996, hal. 38-39.

BAB III

DESKRIPSI SINGKAT TENTANG HUKUM PIDANA ISLAM

A. Istilah Hukum Pidana Islam

Hukum pidana Islam adalah bagian dari Hukum Islam secara keseluruhan, dan Hukum Islam itu sendiri sesungguhnya adalah hanya bagian dari Syari'ah Islamiyah sebagai suatu ajaran agama. Berdasarkan hal di atas, maka sebelum membahas tentang pengertian dari istilah hukum pidana Islam, perlu kiranya lebih dahulu dipahami tentang adanya perbedaan antara istilah "Hukum Islam" dengan istilah "Syari'ah Islam" yang dalam bahasa sehari-hari sering disamakan maknanya. Padahal apabila diperhatikan baik dari segi etimologi (bahasa) maupun dari segi terminologi (definisi), sesungguhnya kedua istilah tersebut memiliki perbedaan arti. Dalam khasanah literatur klasik (kitab kuning), istilah "Hukum Islam" sering kali disebut dengan nama "Fiqih Islam". Oleh karena itu pembahasan berikut ini akan diarahkan kepada pemahaman perbedaan antara istilah "Syari'ah Islam" dengan istilah "Fiqih Islam" untuk menegaskan mana yang tepat diantara dua istilah itu yang menunjukkan arti "Hukum Islam".

Tinjauan dari segi bahasa, arti "Syari'ah" yang berasal dari kata "Syaro'a", adalah "jalan tempat keluarnya air untuk minum". Kemudian bangsa Arab menggunakan kata ini untuk konotasi "jalan yang lurus". Pada saat dipakai dalam pembahasan hukum, menjadi bermakna "segala sesuatu yang disyari'atkan Allah

kepada hamba-hamba-Nya sebagai jalan lurus untuk memperoleh kebahagiaan di dunia dan diakhirat.¹⁾

Secara terminologis, Muhammad ‘Ali at Tahanawi memberikan arti istilah “syariah” yaitu mencakup seluruh aspek ajaran Islam yang meliputi bidang-bidang pokok berupa ‘aqidah, ‘ibadah, akhlaq dan mu’amalah (kemasyarakatan). Istilah syari’ah ini sering juga disebut dengan nama-nama lain seperti “syara’”, “millah” dan “al-dien”.²⁾ Jadi, substansi istilah “Syari’ah Islamiyah” tidak semata-mata membicarakan masalah hukum menurut perspektif Islam, akan tetapi lebih luas dari itu yakni berbicara pula masalah-masalah aqidah, akhlaq dan mu’amalah dalam arti luas menurut Islam.

Selanjutnya, istilah “fiqh”, secara etimologis memiliki makna “mengetahui sesuatu dan memahaminya dengan baik.”³⁾ Sedangkan secara terminologis, fiqh adalah “mengetahui hukum-hukum syara’ yang bersifat ‘amaliah (berhubungan dengan perbuatan manusia) yang diperoleh melalui pengkajian terhadap dalil-dalilnya yang terperinci.”⁴⁾ Sesuai dengan definisi/makna fiqh yang demikian, setidaknya ada dua objek kajian, yaitu pertama, hukum-hukum syara’ yang bersifat amaliah. Dengan demikian norma-norma agama yang

¹⁾ Muhammad Faruq Nabhan, *Al-Madkhal li al-Tasyri’ al-Islami*, Daar al Qalam, Beirut, 1981, halaman 10.

²⁾ Muhammad Ali Al-Tahanawi dalam Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Mua’malat*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1987, halaman 1. Lihat juga Manna’ al-Qathan, *Al-Tasyri’ wa al-Fiqh fi al-Islam*, Muassasah al - Risalah, tanpa tahun, halaman 15.

³⁾ Abu al Hasan Ahmad Fariz, *Mu’jam Maqayis al-Lughah*, Mustafa al-Babi al-Halabi, Mesir, 1970, jilid III, halaman 442. Kata ‘fiqh’ yang berarti memahami sesuatu secara baik di atas juga dapat dimengerti dari ketentuan hadits nabi yang menyatakan : man aradallahu khairan yufaqihhu fi al-din (artinya : barang siapa dikehendaki oleh Allah dengan suatu kebaikan maka hendaklah ia memahami secara baik keagamaannya). Demikian juga kata fiqh yang berarti memahami tersebut dapat diketemukan dalam Q.S. At-Taubah ayat 122.

⁴⁾ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, Daar al-Fikr al-Arabi, 1958, halaman 6.

berkaitan dengan aspek aqiedah tidak termasuk objek kajian fiqih. Selanjutnya obyek kajian kedua, yaitu dalil-dalil (dasar hukum) terperinci yang berasal dari al-Qur'an dan as-Sunnah sebagai dua sumber utama hukum Islam yang menunjuk suatu kajian atau masalah tertentu.

Berdasarkan arti kata dan definisi-definisi seperti telah diuraikan di atas, maka dapat diperoleh penegasan bahwa istilah yang tepat menunjuk kepada arti "Hukum Islam" adalah istilah "Fiqih Islam", bukan "Syari'ah Islam". Sebab Hukum Islam sesungguhnya hanya merupakan sebagian saja dari keseluruhan ajaran Islam (Syari'ah Islamiyah) yang mencakup beberapa bidang pokok sebagaimana telah dijelaskan di atas. Dengan kata lain, fiqih Islam sesungguhnya hanya merupakan sebagian dari syariah Islam.

Hukum Islam atau Fiqih Islam, seperti termaktub dalam definisi di atas adalah bagian dari Syari'at atau ajaran agama khususnya yang berupa aturan-aturan yang berhubungan dengan perbuatan manusia (bersifat amaliah). Oleh karena itu, maka substansi Hukum Islam merupakan norma yang memberikan regulasi bagi perikehidupan dan tingkah laku manusia secara menyeluruh, mencakup segala macam aspeknya. Hubungan manusia dengan Tuhan (Allah), diatur dalam bidang atau bagian hukum Islam yang disebut "Ibadat". Hubungan manusia dengan sesamanya diatur dalam bidang atau bagian hukum Islam yang dinamakan "Mu'amalat" (dalam arti luas) baik yang bersifat perorangan (privat) maupun yang bersifat umum (publik), seperti perkawinan, pewarisan, perjanjian-perjanjian, ketatanegaraan, kepidanaan, peradilan, hubungan antar negara dan lain sebagainya.

Apabila dalam ilmu hukum biasa dikenal adanya pembagian hukum kepada hukum privat dan hukum publik, maka Hukum Islam pun dapat pula dibagi kepada dua macam hukum tersebut, dengan tambahan hukum ibadat. Jadi, dengan demikian kita dapat menyebutkan adanya hukum privat Islam, hukum Publik Islam dan hukum ibadat.

Dalam hubungan ini, secara detil, Musthofa Ahmad Al-Zarqa⁵⁾, menyebutkan aspek-aspek atau bagian-bagian dari hukum Islam yang secara keseluruhan berjumlah 7 (tujuh) kelompok/kategori/bagian, yaitu:

1. Hukum-hukum yang berhubungan dengan peribadatan kepada Allah, seperti sholat, puasa, haji, bersuci dari hadats dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Hukum Ibadah”.
2. Hukum-hukum yang berhubungan dengan tata kehidupan keluarga, seperti perkawinan, perceraian, hubungan keturunan (nasab), nafkah keluarga, kewajiban anak terhadap orang tua dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Hukum Keluarga” atau *Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah*”.
3. Hukum-hukum yang berhubungan dengan pergaulan hidup dalam masyarakat mengenai kebendaan dan hak-hak serta penyelesaian persengketaan-persengketaan seperti perjanjian jual-beli, sewa-menyewa, utang-piutang, gadai, hibah, dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Hukum Mu’amalah” (dalam arti sempit).

⁵⁾ Musthofa Ahmad Az-Zarqa’ dalam Ahmad Azhar Basyir, *Op. Cit. Asas-asas* , halaman 5-6.

4. Hukum-hukum yang berhubungan dengan tata kehidupan bernegara, seperti hubungan penguasa dengan rakyat, pengangkatan kepala negara, hak dan kewajiban penguasa dan rakyat secara timbal balik dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Al-Ahkam As-Sulthaniyah” atau dinamakan pula “As-Siyasah Asy-Syar’iyah” yang mencakup hal-hal yang dibahas dalam hukum Tata Negara dan Tata Pemerintahan sebagaimana dikenal dewasa ini.
5. Hukum-hukum yang berhubungan dengan kepidanaan seperti macam perbuatan pidana dan ancaman sanksi pidana, masalah pertanggungjawaban pidana dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Al-‘Uqubah” atau lebih sering disebut juga “Al-Jinayah”.
6. Hukum-hukum yang mengatur hubungan antara negara Islam dengan negara-negara lain, yang terdiri dari aturan-aturan tentang hubungan pada waktu damai dan pada waktu perang. Kelompok hukum ini disebut “Al-Ahkam ‘Al-Dauliyah” atau disebut juga “As-Sair”.
7. Hukum-hukum yang berhubungan dengan budi pekerti, kepatutan, nilai baik dan buruk, seperti mempererat hubungan persaudaraan, mendamaikan orang yang sedang berselisih dan sebagainya. Kelompok hukum ini disebut “Al-Adab” (Hukum sopan santun atau lebih dikenal dengan sebutan Akhlak).

Berdasarkan penjabaran tentang aspek-aspek atau bagian-bagian dari Hukum Islam yang berjumlah tujuh di atas, diketahui bahwa hukum pidana Islam adalah hanya salah satu bagian saja dari Hukum Islam secara keseluruhan yang secara khusus berisi mengenai rambu-rambu normatif (ketentuan) tentang perbuatan-perbuatan manusia yang tidak boleh dilakukan/bersifat terlarang yang

biasa disebut jarimah, serta ketentuan tentang ancaman pidana-pidana tertentu (biasa disebut ‘uqubah) yang akan dikenakan kepada siapa saja yang melanggar perbuatan terlarang tersebut. Tentu saja seperti halnya masalah-masalah dasar yang biasa dibahas dalam hukum pidana secara umum, selain kedua masalah dasar di atas hukum pidana Islam juga berisi prinsip-prinsip mengenai pertanggungjawaban pidana yang merupakan syarat dapat dipidanya orang-orang yang telah dinyatakan terbukti melakukan perbuatan terlarang.

Selanjutnya, mengenai istilah “Hukum Pidana Islam”, di kalangan fuqoha’ (para ahli fiqh/hukum Islam) sendiri ternyata masih terdapat perbedaan pendapat mengenai konotasi kata yang dimaksudkan. Dalam literatur ilmu fiqh, sepanjang menyangkut kajian tentang hukum pidana Islam, oleh sebagian fuqoha’ ada yang menyebutnya dengan istilah “jinayat”, sebagian yang lain ada yang menamakan dengan sebutan “ma’shiyyat” dan sebagian lagi ada yang menggunakan istilah “jarimah”. Ketiga istilah tersebut, dalam konteks hukum positif maknanya kurang lebih sama dengan istilah yang telah kita kenal dengan nama “Hukum Pidana”, hanya saja Hukum Pidana yang dimaksud di sini ialah menurut perspektif Islam atau “Hukum Pidana Islam”.⁶⁾

Dalam rangka untuk dapat memahami mana yang tepat di antara ketiga macam istilah tersebut di atas (yaitu “jinayat”, “ma’shiyyat” dan “jarimah”) yang benar-benar menunjukkan arti “Hukum Pidana Islam”, maka dalam hubungan ini perlu dikemukakan terlebih dahulu apakah sebenarnya pengertian “Hukum

⁶⁾ Abdus Salam Arief, *Fiqh Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Ideal, Yogyakarta, 1987, halaman 1-2.

Pidana” itu. Hal demikian ini karena esensi persoalan sesungguhnya terletak pada kata “Hukum Pidana” tersebut. Adapun kata “Islam” yang ada di belakang kata “Hukum Pidana”, sebenarnya hanya menunjukkan suatu perspektif tertentu tentang Hukum Pidana ini yakni perspektif menurut ajaran Islam.

Menurut Moeljatno, secara inti, hukum pidana itu adalah aturan-aturan hukum yang menentukan perbuatan-perbuatan yang tidak boleh dilakukan (yang dilarang) yang disertai ancaman atau sanksi berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.⁷⁾ Berdasarkan pengertian di atas, maka dapat disimpulkan bahwa setidaknya ada dua unsur pokok yang tercermin di dalam arti dari istilah Hukum Pidana tersebut, yaitu (1) perbuatan-perbuatan tertentu yang dilarang oleh hukum untuk dilakukan, dan (2) ancaman berupa sanksi pidana tertentu bagi siapa saja yang melanggar larangan hukum tersebut.

Istilah “jinayat” dalam literatur fiqih, oleh para fuqoha’ (ahli hukum Islam) sering didefinisikan sebagai : “fi’lun muharramun syar’an waqo’a al-fi’lu ‘ala nafsini au maalin au ghoiri dzaalika”.⁸⁾ Artinya, perbuatan yang diharamkan (dilarang) oleh syara’ (hukum) baik perbuatan itu mengenai jiwa seseorang (sebagai sasaran) atau mengenai harta ataupun mengenai selain kedua hal tersebut. Apabila diperhatikan makna/pengertian dari istilah “Jinayat” di atas, maka terlihat bahwa istilah tersebut ternyata hanya mencakup unsur pokok yang pertama saja dari arti kata “Hukum Pidana” yakni perbuatan-perbuatan tertentu yang dilarang

⁷⁾ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, PT. Bina Aksara, Jakarta, 1987, halaman 1-2. Penjelasan secara lebih terperinci dan mendalam mengenai arti hukum pidana ini dapat dilihat kembali bab II sub A tentang *Pengertian Hukum Pidana dan Masalah-masalah Dasarnya*.

⁸⁾ Abdul Qadir ‘Audah, *Al-Tasyri’ al-Jina’ie al-Islamie* Maktabah Daar al-Kutub, Beirut, 1963, jilid I, halaman 67.

oleh hukum untuk dilakukan. Sedangkan unsur kedua dari arti kata “Hukum Pidana” yang berupa ancaman sanksi pidana tertentu, sama sekali tidak tercakup dalam definisi kata “jinayat” di atas. Oleh karena itu maka istilah “jinayat” tidak tepat diartikan sebagai “Hukum Pidana Islam”.

Selanjutnya, istilah “Ma’shiyyat” yang sering juga dimaksudkan pengertiannya sebagai “Hukum Pidana Islam”, oleh para ahli hukum Islam didefinisikan sebagai: “Ityaanu ma harromathu al-syari’atu min al-muharramaati wa tarku ma aujabathu min al-waajibati”.⁹⁾ Artinya, melakukan perbuatan-perbuatan yang diharamkan (dilarang) oleh syari’at (hukum) dan meninggalkan perbuatan-perbuatan yang justru diwajibkan oleh syari’at (hukum). Esensi pengertian istilah “Ma’shiyyat” ini sesungguhnya sama dengan istilah “jinayat” sebagaimana telah dijelaskan di atas. Sebab definisi kata “Ma’shiyyat” tersebut sesungguhnya juga hanya mencakup unsur pokok yang pertama saja dari arti kata “Hukum Pidana”, yakni perbuatan-perbuatan tertentu yang dilarang oleh hukum untuk dilakukan.¹⁰⁾ Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa baik istilah “Jinayat” maupun istilah “Ma’shiyyat”, keduanya, sesungguhnya tidak tepat apabila diartikan maksudnya sebagai “Hukum Pidana Islam”. Sebab dalam kedua istilah tersebut sama sekali tidak mencakup unsur pokok kedua dari arti kata “Hukum Pidana” yakni yang berupa ancaman pidana tertentu yang akan dikenakan terhadap siapa saja yang melanggar larangan hukum tersebut.

⁹⁾ Marsum, *Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1988, halaman 3.

¹⁰⁾ Dalam definisi ‘ma’shiyyat’ di atas yakni melakukan perbuatan-perbuatan yang di larang dan meninggalkan perbuatan-perbuatan yang diwajibkan, sesungguhnya menunjukkan inti arti yang sama yaitu bahwa perbuatan-perbuatan tersebut sama-sama merupakan perbuatan yang dilarang oleh hukum untuk di lakukan.

Kemudian mengenai istilah ketiga yang pengertiannya seringkali juga dimaksudkan sebagai “Hukum Pidana Islam” yakni istilah “Jarimah”, secara terminologis Al-Mawardi memberikan definisi sebagai berikut: “mahdhurotun syar’iyyatun zajara Allahu ‘anha bi haddin au ta’ziirin”.¹¹⁾ Artinya, larangan-larangan syar’i (perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh hukum untuk dilakukan - pen) yang pelakunya diancam oleh Allah dengan pidana hadd atau ta’ziir. Pengertian atau makna “jarimah” yang demikian ini apabila dihubungkan dengan arti dari kata “Hukum Pidana” sebagaimana telah diuraikan di atas, maka tampak adanya persamaan unsur definisi. Maksudnya, baik istilah “jarimah” maupun istilah “Hukum Pidana”, keduanya sama-sama mencakup dua unsur pokok yaitu pertama, unsur tentang perbuatan-perbuatan tertentu yang terlarang menurut aturan hukum dan kedua, unsur tentang ancaman pidana tertentu (dalam hukum Islam ancaman pidana tertentu itu dinamakan pidana hadd atau ta’ziir).

Jadi, berdasarkan uraian-uraian mengenai definisi berupa istilah di atas, dapat ditegaskan bahwa sesungguhnya istilah yang paling tepat menunjuk kepada arti “Hukum Pidana Islam” adalah istilah “jarimah”, bukan “ma’shiyyat” ataupun “jinayat”. Sekalipun khususnya istilah “jinayat” tersebut sangat populer diartikan oleh para penulis Indonesia dengan arti “Hukum Pidana Islam”.¹²⁾

Adapun uraian secara terperinci dan mendalam tentang masalah-masalah dasar hukum pidana menurut perspektif Islam yang secara esensial mencakup

¹¹⁾ Al Mawardi, *Al-Ahkam as-Sulthaniyah*, Babi al-Halabi, Mesir, 1973, halaman 219.

¹²⁾ Perhatikan misalnya beberapa judul buku yang pernah ditulis oleh beberapa ahli hukum islam Indonesia seperti : (1) Ahmad Azhar Basyir dengan judul *Ikhtisar Fiqh Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, (2) Abdus Salam Arief dengan judul *Fiqh Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, (3) A. Djazuli dengan judul *Fiqh Jinayat (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, (4) Marsum dengan judul *Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, dan lain sebagainya.

konsep-konsep tentang perbuatan terlarang atau perbuatan pidana, konsep-konsep tentang ancaman pidana dan tentunya juga konsep-konsep tentang pertanggungjawaban pidana sebagai syarat pembedaan, akan dipaparkan pembahasannya dalam Bab IV di depan.

B. Sumber Aturan Hukum Pidana Islam

Hukum Pidana Islam sebagai bagian dari Hukum Islam secara keseluruhan, pada prinsipnya memiliki sumber-sumber aturan hukum yang sama dengan bagian/bidang-bidang hukum lain yang ada dalam lingkup keseluruhan Hukum Islam tersebut.

Secara umum, sebagian besar ahli hukum Islam (*jumhur fuqoha'*) telah sepakat pendapatnya bahwa sumber-sumber aturan hukum Islam itu ada empat, yakni Qur'an, Sunnah (Hadits), Ijma' dan Qiyas. Keempat sumber hukum ini bersifat mengikat atau wajib diikuti. Adapun urutan penyebutan, menunjukkan urutan kedudukan dan kepentingannya. Artinya, apabila sesuatu peristiwa tidak terdapat hukumnya dalam Al-Qur'an maka harus dicari dalam As-Sunnah, apabila tidak terdapat pula dalam As-Sunnah maka dicari dalam Ijma', dan apabila di dalam Ijma' pun tidak terdapat ketentuan hukumnya maka baru dicari dalam Qiyas. Namun, selain empat sumber hukum yang bersifat mengikat atau wajib diikuti sebagaimana tersebut di atas, sesungguhnya masih ada sumber-sumber hukum Islam yang lain tetapi dengan status masih banyak diperselisihkan oleh para ahli hukum Islam (*khilafiah*) tentang mengikat atau tidaknya. Sumber-sumber tersebut ialah Istihsan, Istishlah (*Mashalihul Mursalah*),

al-'Urf, Istishhab (Mazhab Sahabat) dan syari'at sebelum Islam (Kerasulan Muhammad SAW).¹³⁾

Dasar hukum atau dalil yang menunjukkan ke empat sumber hukum (Qur'an, Hadits, Ijma' dan Qiyas) tersebut harus menjadi "referensi" dalam pembentukan hukum Islam, dapat dipahami dari interpretasi ketentuan Al-Qur'an Surat An-Nisa' ayat 59. Terjemahan/arti ayat tersebut adalah sebagai berikut:

"Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul-Nya dan Ulil Amri diantara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu (masalah), maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al-Qur'an) dan Rasul (As-Sunnah), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. Yang demikian itu lebih utama bagimu dan lebih baik akibatnya."¹⁴⁾

Berdasarkan ayat di atas, diketahui bahwa perintah mentaati Allah dan Rasul-Nya adalah mengandung arti perintah untuk mengikuti Al-Qur'an dan Al-Hadits (As-Sunnah). Karena garis-garis kebijakan hukum Allah dan Rasul-Nya telah dimanifestasikan dalam Al-Qur'an dan Al-Hadits tersebut. Kemudian perintah mengikuti Ulil Amri diantara muslimin, artinya ialah mengikuti hukum-hukum yang telah disepakati (di-Ijma'-i) oleh para "mujtahidin" (pembaharu hukum Islam), karena mereka itulah Ulil Amri bagi ummat Islam dalam pembentukan hukum Islam. Sedangkan perintah agar mengembalikan status hukum dari persoalan-persoalan yang didalamnya ada pertentangan (pendapat) diantara ummat Islam kepada Allah dan Rasul-Nya, mengandung arti bahwa pemberian status hukum terhadap persoalan-persoalan baru yang masih

¹³⁾ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakrta, 1990, Cetakan IV, halaman 25.

¹⁴⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi Tahun 1993/1994, halaman 128, Surat An-Nissa' ayat 59.

diperselisihkan tersebut hendaknya mengacu kepada prinsip-prinsip hukum yang telah digariskan oleh Allah dan Rasul-Nya melalui nash Al-Qur'an dan As-Sunnah. Hal ini berarti ummat Islam dituntut untuk menggunakan akal pikirannya secara sungguh-sungguh dalam rangka upaya memecahkan setiap problema hukum yang dihadapi. Secara metodologis, penggunaan akal pikiran dengan sungguh-sungguh yang seringkali dinamakan ijihad tersebut dapat dilakukan dengan berbagai macam cara yang antara lain berupa metode qiyas. Dalam konteks pemikiran yang demikian, maka qiyas sebagai suatu metode ijihad, artinya ialah menghubungkan sesuatu persoalan yang tidak dinyatakan ketentuan hukumnya oleh nash (Al-Qur'an/As-Sunnah) kepada sesuatu persoalan yang sudah dinyatakan ketentuan hukumnya oleh nash, karena keduanya memiliki kesamaan 'illat (sebab ditetapkannya) hukum.¹⁵⁾

Jadi berdasarkan pemikiran di atas, maka dapat dipahami bahwa pembentukan hukum Islam yang tidak didasarkan secara langsung pada nash-nash tekstual yang ada dalam al-qur'an dan as-sunnah, akan tetapi dilakukan dengan cara memberikan interpretasi-interpretasi kontekstual terhadap nash, sesungguhnya cara-cara demikian ini merupakan pekerjaan-pekerjaan ijihadi yang dalam sejarah pertumbuhan hukum Islam telah melahirkan beragam macam cara (metode). Dengan kata lain, diluar al-qur'an dan as-sunnah, apapun namanya baik itu disebut dengan ijma', qiyas, istishlah, istihsan, istishhab dan sebagainya,

¹⁵⁾ Arti qiyas sebagai suatu metode ijihad seperti di atas dapat dilihat dalam Dede Rosyada, *Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Penerbit Rajawali Pers, Jakarta, 1993, halaman 44. Lihat juga beberapa buku lain yang mengkaji tentang hukum Islam seperti Yusuf al-Qardlawi, *Keluasan dan Keluwesan Hukum Islam*, Penerbit Dina Utama, Semarang, 1993, halamn 4 dan lain sebagainya.

semua itu hanyalah merupakan metode/cara orang berijtihad (menggunakan akal pikiran secara sungguh-sungguh untuk menemukan hukum dari suatu persoalan baru yang tidak ditentukan dalam nash).¹⁶⁾

Oleh karena itu yang sesungguhnya merupakan sumber hukum Islam secara umum, atau yang merupakan sumber hukum pidana Islam secara khusus ialah al-quran dan as-sunnah serta ijtihad itu sendiri. Hanya saja berijtihad atau menggunakan akal pikiran secara sungguh-sungguh dengan berbagai metode untuk menemukan atau membentuk hukum Islam tersebut harus tetap berorientasi kepada prinsip-prinsip hukum yang telah digariskan dalam nash al-qur'an maupun as-sunnah. Keharusan orientasi ijtihad pada prinsip-prinsip hukum al-qur'an dan as-sunnah tersebut adalah sesuai dengan perintah Allah dalam Q.S. An-Nisa': 59 di atas "..... maka kembalikanlah ia (persoalan yang diperselisihkan sehingga perlu diijtihadi tersebut -pen) kepada Allah (al-qur'an) dan Rasul-Nya (as-sunnah)."

Kesimpulan bahwa sumber hukum pidana Islam itu hanyalah 3 (tiga) yakni al-qur'an, as-sunnah (al-hadits), dan ijtihad yang dapat dilakukan dengan berbagai macam metode tersebut, juga diperkuat oleh sebuah hadist yang isinya menggambarkan adanya dialog hukum antara Nabi Muhammad SAW dengan salah seorang sahabatnya bernama Mu'adz bin Jabal. Diceritakan bahwa ketika Nabi Muhammad SAW akan mengutusnyanya ke Yaman untuk tugas dakwah islamiyah, beliau bertanya: "Apa yang akan kau lakukan jika kepadamu diajukan

¹⁶⁾ Esensi makna ijtihad di atas disarikan dari beberapa pendapat tentang arti ijtihad yang terangkum dalam bukunya Ibrahim Abbas al-Dzarwy, *Teori Ijtihad dalam Hukum Islam*, Penerbit Dina Utama, Semarang, 1993, halaman 7-13.

suatu perkara untuk diputusi?" Mu'adz menjawab: "Saya akan memutus atas dasar ketentuan dalam kitab Allah (Al-Qur'an)". Nabi bertanya lagi: "Jika dalam kitab Allah tidak kau jumpai ketentuannya, bagaimana?" Mu'adz menjawab: "Dengan Sunnah Rasulullah". Nabi bertanya lagi: "Jika dalam Sunnah Rasulullah pun tidak kau jumpai ketentuannya, bagaimana?" Mu'adz menjawab: "Saya akan berijtihad dengan menggunakan fikiranku, dan tidak akan saya biarkan perkara itu tanpa putusan apapun". Mendengar jawaban Mu'adz demikian, Nabi kemudian menepuk dadanya seraya berkata: "Alhamdulillah, segala puji bagi Allah yang telah memberikan taufiq-Nya kepada utusan Rasulullah dengan hal yang melegakan hati Rasulullah."¹⁷⁾

Berdasarkan hadits tentang dialog antara Nabi dengan sahabatnya Mu'adz tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa sumber-sumber hukum Islam (dalam hal ini khususnya sumber-sumber hukum pidana Islam), pada prinsipnya adalah al-qur'an dan sunnah Rasul. Adapun terhadap hal-hal/persoalan-persoalan yang tidak terdapat ketentuan hukumnya dalam al-qur'an dan sunnah Rasul, dapat diperoleh ketentuan hukumnya dengan menggunakan fikiran. Bekerjanya fikiran secara sungguh-sungguh untuk memperoleh ketentuan-ketentuan hukum itu disebut ijtihad (ajtahidu bi ra'ye). Jadi, oleh karena menggunakan fikiran untuk memperoleh ketentuan tentang hal-hal yang tidak diatur dalam nash al-qur'an maupun as-sunnah itu sangat dimungkinkan/dibenarkan (sepanjang berorientasi pada ke dua nash tersebut), maka dapat dikatakan bahwa fikiran atau ra'yu atau

¹⁷⁾ Hadits riwayat Al Baihaqi sebagaimana dikutip Khozin Siradj dalam *Hukum Islam: Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya dan Sumber-sumbernya*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1984, halaman 92.

ijtihad itu bisa dipandang sebagai sumber hukum (pidana) Islam yang ketiga. Menyebut sumber-sumber hukum (pidana) Islam yang hanya tiga macam di atas, memang berbeda dengan yang biasa dikenal secara umum yakni bahwa sumber-sumber hukum Islam itu ada empat macam, yaitu Qur'an, Sunnah (Hadits), Ijma' dan Qiyas seperti telah disebutkan terdahulu. Namun perlu ditegaskan di sini bahwa menyebutkan tiga macam sumber hukum (pidana) Islam sebagaimana keterangan hadits di atas, selain mempunyai dasar yang telah dibenarkan Nabi, dalam waktu yang sama juga dirasakan lebih sederhana untuk dipahami dan diingat. Sebab pada prinsipnya, selain al-qur'an dan as-sunnah dapat digolongkan ke dalam sumber hukum ketiga yaitu penggunaan fikiran/ra'yu/ijtihad yang prakteknya dapat dilakukan dengan berbagai macam metode. Seperti Ijma', Qiyas, Mashalihul Mursalah (Istishlah), Istihsan, Istishhab, Al-'Urf, dan sebagainya.

C. Tujuan Pembentukan Hukum Pidana Islam

Islam sebagai agama yang sempurna, telah memberi pedoman hidup kepada manusia yang bersifat menyeluruh dan meliputi segala aspeknya untuk mencapai kebahagiaan hidup jasmani - rohani, individual - sosial serta dunia - akhirat.¹⁸⁾

Dalam rangka mencapai tujuan esensial hidup manusia di atas, maka Hukum Islam sebagai bagian dari ajaran agama Islam juga memuat garis-garis

¹⁸⁾ Perhatikan statemen Allah dalam Q.S. Surat Al-Baqarah ayat 185 yang memerintahkan manusia untuk berpegangan pada Al-Qur'an dalam mengarungi hidup ini karena background dan fungsi diturunkannya Al-Qur'an sebagai sumber utama ajaran Islam adalah *Hudan Linnasi wa Bayyinatin min al-Huda wa al-Furqan* (artinya : menjadi petunjuk hidup manusia serta penjelasan-penjelasan mengenai petunjuk itu dan menjadi pembeda antara yang haq dan yang bathil).

kebijakan tentang tujuan disyari'atkannya hukum Islam tersebut (Al-Maqaashiduu al-Tasyri'iyah).

Menurut Ibnu Qoyyim¹⁹⁾, hukum Islam itu bersendi dan berasas atas hikmat dan kemashlahatan (kebaikan) manusia dalam hidupnya di dunia dan di akhirat. Esensi syari'at adalah keadilan, rahmat (kasih sayang), kemashlahatan dan kebijaksanaan sepenuhnya. Oleh karena itu maka setiap persoalan yang keluar dan menyimpang dari keadilan menuju keaniayaan, keluar dan menyimpang dari kasih sayang menuju permusuhan, keluar dan menyimpang dari kemashlahatan menuju kerusakan, keluar dan menyimpang dari kebijaksanaan menuju kepada kesia-siaan, bukanlah syari'at. Hakekat syari'at adalah keadilan Allah ditengah-tengah hamba-hamba-Nya dan kasih sayang Allah diantara makhluk-Nya.

Dalam paparan yang lebih rinci, Abdul Wahab Khallaf menjelaskan bahwa disyari'atkannya ketentuan-ketentuan hukum Islam kepada orang-orang mukallaf (yaitu orang-orang yang telah memenuhi kriteria layak dibebani berlakunya hukum Islam), adalah dimaksudkan sebagai upaya mewujudkan kebaikan-kebaikan bagi kehidupan mereka, baik melalui ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat dlorurie(primer), hajjie (sekunder) maupun yang tahsinie (tersier).²⁰⁾

Adapun yang dimaksud dengan ketentuan hukum yang bersifat dloruri adalah ketentuan-ketentuan / aturan-aturan yang dimaksudkan untuk memelihara terpenuhinya kepentingan hidup manusia yang bersifat primer/pokok. Seandainya aturan-aturan hukum dloruri tersebut tidak dipatuhi, maka manusia akan

¹⁹⁾ Ibnu Qoyyim dalam Ahmad Azhar Basyir, *Pokok-pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UIL, Yogyakarta, 1984, halaman 31.

²⁰⁾ Abdul Wahab Khallaf dalam Dede Rosyada, *Op. Cit. Hukum Islam ...*, halaman 29.

dihadapkan pada berbagai mafsadah (kerusakan dan kesukaran). Dalam pandangan Islam, hal-hal yang bersifat primer (dloruri) bagi kemashlahatan hidup manusia itu berpangkal pada upaya memelihara lima perkara, yaitu agama, jiwa, akal, harta dan keturunan.²¹⁾

Dalam konteks hukum pidana Islam, tuntutan agama melalui aturan-aturan hukum dlорurinya agar manusia mentaati norma-norma pemelihara lima hal kebutuhan primer manusia supaya tidak terjerumus pada mafsadah tersebut, secara logika dapat dijelaskan sebagai berikut.

Agama sebagai kebutuhan primer pertama, bagi kehidupan manusia adalah hal yang sangat penting karena dengan kehadiran agama manusia menjadi tahu mana yang benar dan mana yang salah serta mana yang bermanfaat dan mana yang membahayakan. Oleh agama, manusia diarahkan bagaimana ia harus menjalani hidup dan bagaimana ia harus membangun hubungan yang baik dengan sesamanya, dengan alam ataupun dengan Tuhannya. Dengan kata lain, tanpa agama, barangkali manusia tidak akan tahu atau bahkan tidak mau tahu perbedaan mengenai hal-hal baik dan buruk, benar dan salah dan sebagainya, sehingga manusia dapat berbuat sekehendak hati dengan selalu memperturutkan hawa nafsunya. Dalam kondisi demikian maka derajat manusia nyaris tidak berbeda dengan makhluk lain seperti binatang. Menyadari urgensi kehadiran dan peran ajaran agama yang demikian ini, maka sangat wajar apabila Islam menempatkan eksistensi agama bagi manusia sebagai kebutuhan hidup yang fundamental

²¹⁾ *Ibid.*, halaman 29. Lihat juga Hasbi Ash-Shiddiqie, *Filsafat Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1990, Cetakan IV, halaman 188.

(primer/dloruri). Dalam rangka upaya memelihara eksistensi agama yang demikian penting bagi kemashlahatan hidup manusia di atas, maka Islam menetapkan hukum-hukum dlorurinya yang antara lain berupa hukum pidana tentang “jarimah riddah” (tindak pidana pelecehan agama, penyesatan agama dan sejenisnya) dengan ancaman sanksi pidana yang amat berat.²²⁾

Kebutuhan primer bagi kemashlahatan hidup manusia yang kedua menurut Islam yakni terpeliharanya jiwa (hak hidup), dapat dipahami karena hak hidup merupakan salah satu hak asasi manusia yang paling fundamental diantara hak-hak asasi yang lainnya. Hidup adalah anugerah Tuhan yang menjadi sumber dari gerak dinamika masyarakat manusia. Oleh karena itu Allah SWT sangat tegas melarang tindak pembunuhan yang merupakan pelenyapan hak asasi paling mendasar ini sebagaimana tercermin pada berbagai ketentuan ayat dan surat dalam kitab Al-Qur’an Al-Kariem.²³⁾ Bahkan sebagai manifestasi dari concern dan komitmen Islam terhadap urgensi perlindungan nyawa atau hak hidup manusia tersebut Rasulullah Muhammad SAW secara extrim mengibaratkan bahwa tindakan pembunuhan terhadap seorang manusia dengan secara sengaja menurut Allah membandingi tindakan pemusnahan dunia seisinya.²⁴⁾ Menyadari arti penting jiwa atau hak hidup bagi keberadaan manusia tersebut dan betapa ummat manusia akan musnah apabila tidak ada upaya untuk melindunginya, maka

²²⁾ Berdasarkan hadits nabi, *Man Baddala Diinahu Faqtuluuhu*, yang artinya barang siapa mengganti agama Islam secara sengaja maka bunuhlah ia, dapat diketahui bahwa ancaman pidana terberat bagi pelaku tindak pidana riddah ialah hukuman mati.

²³⁾ Perhatikan misalnya ketentuan Q.S. Al-Isra’ ayat 33, An-Nisa’ ayat 29 dan 93, Al-Maidah ayat 45, Al-Baqarah ayat 178 dan lain sebagainya.

²⁴⁾ Hadits nabi riwayat Ibnu Madjah dari Al Barra’ r.a. dan riwayat Imam Turmudzi dari Abu Said r.a. Lihat pula statemen Allah dalam Q.S. Al-Maidah ayat 32 yang isinya ‘senada’ dengan hadits di atas.

Islam menetapkan hukum dlorurinya yang berupa ketentuan hukum pidana mengenai “jarimah qishash” dengan ancaman sanksi pidana qishash sebagaimana termaktub dalam Q.S. Al-Baqorah ayat 178 - 179. Jadi hukum dloruri tentang qishash ini adalah wujud upaya Islam dalam menciptakan dan memelihara kemashlahatan hidup manusia sebagai hal yang fundamental.

Selanjutnya hal primer ketiga bagi kehidupan manusia menurut Islam ialah terpeliharanya akal pikiran. Konsepsi yang demikian ini adalah karena mengingat akal merupakan sendi atau dasar bagi adanya taklif (pembebanan kewajiban) hukum. Oleh karena itu bagi orang-orang yang tidak sehat akalnya atau tidak terpelihara kesucian pikirannya, ia tidak “tersentuh” kewajiban-kewajiban/ketentuan hukum. Menyadari urgensi kedudukan akal dalam kehidupan manusia di atas, maka sangat relevan apabila Islam memandang sebagai hal yang primer dan berupaya untuk melindunginya melalui salah satu ketentuan hukum dlorurinya yaitu berupa hukum pidana tentang “jarimah syurbah” (tindak pidana minum minuman keras). Karena tindakan mengkonsumsi minuman keras dapat berakibat rusaknya kesehatan akal pikiran manusia. Sedangkan akal pikiran yang tidak sehat akan membatalkan taklif hukum. Disamping itu orang yang mabuk karena minuman keras juga sangat potensial melahirkan perilaku-perilaku destruktif secara sosial seperti merusak barang orang lain, mengganggu ketenangan umum, mudah memfitnah orang dalam ketidaksadarannya dan lain-lain.

Kemudian hal primer keempat bagi kemashlahatan hidup manusia menurut pandangan Islam ialah terpeliharanya kesucian keturunan manusia (kehormatan). Pandangan demikian ini mengingat kesucian keturunan merupakan salah satu hal

yang menunjukkan tingginya martabat manusia dan sekaligus membedakannya dengan martabat/derajat kebinatangan. Apabila manusia boleh (bebas) mengembangbiakkan keturunan tanpa melalui rambu-rambu hukum yang mengabsahkan hubungan tersebut, maka kondisi yang demikian akan menurunkan derajat dan kehormatan manusia kepada posisi yang sama atau bahkan lebih rendah dari binatang. Sebab binatang juga melakukan pengembangan keturunan dengan cara-cara yang bebas seperti di atas. Padahal manusia diberi anugerah oleh Tuhan yakni berupa akal dan hati nurani yang membedakannya dengan makhluk binatang yang hanya bertindak atas dasar nafsunya saja. Disamping itu, pengembangan keturunan dengan cara melakukan hubungan-hubungan seksual secara bebas tersebut akan berdampak pada ketidakjelasan/kaburnya garis keturunan manusia. Menyadari urgensi kesucian keturunan manusia di atas, maka ajaran Islam menggariskan ketentuan-ketentuan hukum dlorurinya yakni berupa hukum pidana tentang larangan orang berzina (jarimah zina) dengan ancaman pidana yang sangat keras bagi yang melanggarnya.²⁵⁾

Adapun hal terakhir (kelima) yang menurut Islam merupakan perkara primer bagi kemashlahatan hidup manusia ialah terpeliharanya atau terjaminnya masalah harta atau hak milik. Secara logika mudah dipahami bahwa jaminan terhadap harta atau hak milik seseorang adalah hal yang sangat penting dalam kehidupan bersama (masyarakat). Karena terpeliharanya hal tersebut akan menumbuhkan perasaan tenang dan tenteram pada diri setiap individu/warga

²⁵⁾ Perhatikan ketentuan Q.S. An-Nuur ayat 2 dan An-Nisa' ayat 15 yang memberikan ancaman pidana bagi pelaku zina ghairu muhsan (belum berkeluarga) berupa pidana cambuk 100 kali atau pidana penjara seumur hidup. Bahkan berdasarkan hadits nabi riwayat Muslim dari 'Ubadah bin Shomid diterangkan bahwa ancaman pidana bagi pelaku zina yang muhsan (sudah punya istri/suami) ialah pidana rajam hingga meninggal.

anggota masyarakat sehingga dapat menambah motivasi dalam usaha/bekerja untuk mempertahankan eksistensi hidupnya. Sebaliknya, apabila jaminan terhadap terpeliharanya hak milik tersebut tidak ada atau dapat diabaikan, sehingga seseorang bisa mengambil dan merampas serta menguasai harta orang lain sekehendak hati, maka mafsadah atau kerusakan akan muncul dan menyelimuti kehidupan bersama yang demikian ini. Keresahan dan ketidakadilan tentu akan menjadi suasana yang menghimpit dalam struktur kehidupan masyarakat manusia yang tidak lagi memiliki nilai penghargaan terhadap harta atau hak milik seseorang. Bahkan dampak lebih jauh tidak mustahil akan dapat melahirkan berlakunya “Hukum Rimba” dan “Kanibalisme”, dalam arti yang kuat akan leluasa memangsa yang lemah. Menyadari urgensi tentang perlunya jaminan atas terpeliharanya harta (hak milik) bagi kemashlahatan hidup manusia khususnya dalam kehidupan bersama sebagai masyarakat di atas, maka Islam menetapkan hukum dlorurinya yang dalam hal ini ialah berupa hukum pidana tentang “jarimah sirqoh” (tindak pidana pencurian) dan “jarimah khirobah” (tindak pidana perampokan). Dalam rangka mengkondisikan manusia secara paksa untuk mentaati larangan-larangan pencurian dan perampokan agar syariat Islam lebih dapat menjamin masalah harta ini, maka pelanggar jarimah-jarimah tersebut diancam dengan pidana yang cukup berat sebagaimana telah ditentukan dalam Q.S. Al-Maidah ayat 33 dan ayat 38.²⁶⁾

²⁶⁾ Dalam Q.S Al-Maidah ayat 38 yang merupakan aturan hukum tentang Jarimah Sirqoh/pencurian diperoleh keterangan bahwa ancaman pidana bagi pelanggar jarimah tersebut ialah pidana potong tangan (*faqtha’u aidiyahuma ...*). Sedangkan ancaman pidana bagi pelanggar jarimah khirobah /perampokan berdasarkan Q.S. Al-Maidah ayat 33 ialah pidana mati secara salib, pidana mati biasa, pidana potong tangan dan kaki secara silang dan pidana pengasingan (penjara).

Selain lima hal di atas, dalam konteks hukum pidana sesungguhnya masih ada satu hal lagi yang juga merupakan masalah primer bagi kemashlahatan hidup manusia, sehingga keberadaannya pun harus benar-benar terpelihara dan terjamin. Hal tersebut ialah berupa masalah harga diri dan martabat manusia. Dikatakan demikian, karena manusia adalah makhluk bermartabat sehingga sering dikatakan dalam perbincangan sehari-hari bahwa bila martabat manusia sudah jatuh atau bahkan hilang (misalnya karena difitnah orang lain), maka habislah ia. Oleh karena itu dalam rangka memelihara dan menjamin eksistensi martabat manusia di atas, Islam mengaturnya melalui ketentuan hukum sebagaimana tertuang dalam aturan tentang jarimah (tindak pidana) qodzaf. Dalam nash, hukum tentang jarimah qodzaf ini termaktub dalam al-Qur'an surat an-Nuur ayat 4-9 yang substansinya melarang agar orang tidak mudah melemparkan tuduhan tanpa bukti (fitnah) yang dalam hal ini berupa issue skandal seksual yang bisa merendahkan martabat orang yang dituduh. Untuk menguatkan larangan qodzaf ini pelakunya dikenai ancaman pidana cambuk 80 (delapan puluh) kali sebagai pidana pokok dan pencabutan hak sebagai saksi di pengadilan yang merupakan pidana tambahan.

Berdasarkan uraian tentang 5 (lima) perkara yang dipandang ajaran Islam sebagai masalah-masalah primer bagi kemashlahatan hidup manusia di atas, maka dapat disimpulkan bahwa disyari'atkannya ketentuan-ketentuan hukum Islam sesungguhnya dimaksudkan untuk menjaga agar kemashlahatan hidup manusia tersebut dapat terwujud serta terus terpelihara dan sekaligus juga untuk mencegah

Menurut sebagian besar fuqaha', keempat jenis pidana tersebut diterapkan secara alternatif dengan

timbulnya mafsadah atau kerusakan dalam hidup manusia itu sendiri. Dengan kata lain, tujuan esensial dari pembentukan Hukum Islam (termasuk tentunya Hukum Pidana Islam) adalah menciptakan kemashlahatan atau kebaikan bagi kehidupan manusia dan mencegah terjadinya mafsadah atau kerusakan/kehancuran dalam hidup manusia itu pula. Dalam hubungan inilah letak relevansi lahirnya kaidah fiqh yang menjelaskan bahwa Al-Maqaashid Al-Tasyri'iyyah (tujuan paling inti disyariatkannya hukum Islam) ialah "Dar'ul Mafaasidu wa jalbul Mashaalihu" (menolak/mencegah kerusakan dan menarik/menciptakan kebaikan).

Disamping tujuan yang bersifat umum dan esensial di atas, pembentukan syari'at Islam (khususnya hukum pidana Islam) juga mengandung orientasi-orientasi yang bersifat khusus. Dalam hubungan ini, Muhammad Bin Abu Zahroh²⁷⁾ merumuskan adanya dua tujuan khusus yakni sebagai sarana untuk pendidikan kepribadian dan untuk penegakan keadilan.

Kehadiran syari'at Islam adalah untuk mendidik pribadi-pribadi agar dapat menjadi sumber kebaikan bagi masyarakatnya dan bukan menjadi sumber keburukan yang akan merugikan orang lain/sesamanya. Dalam konteks hukum, realisasi untuk tujuan pendidikan pribadi tersebut diupayakan melalui syari'at ibadah (seperti shalat, zakat, puasa dan haji) yang didalamnya terkandung berbagai hikmah untuk mensucikan jiwa manusia dan sekaligus memperkuat hubungan

melihat fakta berat ringannya kasus qirabah yang terjadi.

²⁷⁾ Muhammad bin Abu Zahrah dalam Ahmad Azhar Basyir, *Op. Cit. Pokok-pokok*, halaman 27.

manusia dengan sesama (kemasyarakatan).²⁸⁾

Disamping itu khusus dalam perspektif hukum pidana, syari'at Islam yang menentukan setiap perbuatan destruktif (merusak/merugikan diri sendiri maupun terlebih lagi pada orang lain/masyarakat) yang dinyatakan sebagai suatu jarimah (tindak pidana dan dikenai sanksi), adalah dimaksudkan untuk mencegah manusia dari perbuatan-perbuatan dosa yang akan menodai kadar kesuciannya sebagai manusia serta untuk mendidik manusia agar mencintai budi pekerti yang utama(akhlak) karena ia dapat menghindari perbuatan-perbuatan yang merusak diri sendiri maupun orang lain/masyarakat. Sebagai contoh, konseptualisasi perbuatan zina dan meminum minuman yang memabukkan sebagai jarimah (perbuatan terlarang), sesungguhnya adalah sarana untuk mempertinggi budi pekerti (akhlak) manusia. Demikian juga halnya dengan perbuatan-perbuatan lain yang merugikan.

Selanjutnya, mengenai tujuan hukum Islam untuk keadilan, secara tegas telah diisyaratkan oleh Allah sebagaimana perintah-Nya dalam Al-Qur'an Surat An-Nisa' ayat 135 dan surat Al-Maidah ayat 8. Inti kedua ayat tersebut ialah agar dalam menegakkan kebenaran dan keadilan, orang tidak boleh menerapkan praktek "diskriminasi hukum" (pandang bulu) karena terlalu memperturutkan hawa nafsunya. Sebaliknya dilarang pula mempraktekkan ketidakadilan kepada seseorang hanya karena dilandasi perasaan kebencian. Hal demikian ini karena

²⁸⁾ Perhatikan keterangan Al-qur'an maupun al-hadits yang menjelaskan makna-makna sholat dan puasa sebagai media dzikrullah dan sarana latihan pengendalian nafsu. Demikian pula ibadah zakat yang sesungguhnya merupakan wahana untuk membangun solidaritas sosial dan ibadah haji sebagai sarana untuk memupuk ukhuwah.

adil adalah perilaku dan sifat yang akan mendekatkan manusia kepada taqwa terhadap Allah dalam arti yang sebenarnya.

Sementara itu dalam tatanan kehidupan praktis, tujuan hukum sebagai sarana penegakan keadilan tersebut secara sempurna juga telah dicontohkan oleh Rasulullah SAW dan para sahabatnya. Suatu saat Nabi pernah mengingatkan melalui sabdanya bahwa ummat-ummat terdahulu binasa adalah karena jika terjadi pencurian yang dilakukan oleh orang dari golongan bangsawan mereka membiarkan tanpa dijatuhkan hukuman apapun, tetapi jika yang mencuri adalah dari golongan rakyat lemah, mereka sungguh-sungguh menerapkan hukuman. Untuk mencegah terjadinya kebinasaan tersebut Nabi kemudian bersumpah bahwa seandainya Fatimah (anak Nabi) mencuri, maka beliau sendiri yang akan memotong tangannya.²⁹⁾ Prinsip tegas dan tidak diskriminatif dalam penegakan hukum seperti di atas juga diperlihatkan oleh sahabat Umar bin Khattab r.a. yang mencambuk sendiri (sebagai hukuman) terhadap anak kandungnya bernama Abdullah bin Umar hingga meninggal karena terbukti telah melakukan hubungan seksual (zina) dengan seorang perempuan yang bukan istrinya sehingga melahirkan seorang anak laki-laki.³⁰⁾

Berdasarkan keterangan-keterangan tersebut di atas maka dapat ditarik kesimpulan bahwa urgensi dari tujuan hukum yang berupa penegakan keadilan ialah selain untuk mendekatkan diri pada sikap tunduk dan patuh terhadap Tuhan

²⁹⁾ Hadits riwayat Bukhari Muslim dari 'Aisyah r.a. sebagaimana dikutip Ahmad Azhar Basyir dalam *Ikhtisar Fiqih Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1982, halaman 29.

³⁰⁾ Kisah keadilan Umar bin Khattab di atas dikutip dari Abdu Al-Rahman I Dho'i, *Syari'ah Hukum Islam*, Jilid II (tentang Hudud), Penerbit PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, halaman 44.

(meningkatkan ketaqwaan) juga untuk menciptakan kemashlahatan bagi kehidupan manusia karena adil berarti terciptanya rasa puas dan tenang diantara semua pihak.

BAB IV

KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM

DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

Dalam Bab II telah diuraikan bahwa eksistensi hukum pidana Islam sebagai salah satu sumber bahan yang dapat dikontribusikan bagi upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia (c.q. KUHP-nya) adalah sangat prospektif (berpeluang). Masalahnya ialah ajaran-ajaran hukum pidana Islam yang manakah yang dapat dikontribusikan dan bagaimanakah cara yang ideal untuk mengimplementasikan kontribusi tersebut dalam suatu kebijakan legislatif (perundang-undangan).

Secara teoritik, sering dipahami bahwa setidaknya-tidaknya ada 3 (tiga) masalah dasar yang terdapat dalam ajaran hukum pidana, yaitu (1) masalah perbuatan pidana, (2) masalah pertanggung jawaban pidana dan (3) masalah sanksi pidana. Berdasarkan pemahaman yang demikian ini, maka persoalan substansi dari ajaran hukum pidana Islam yang prospektif untuk dikontribusikan dalam pembaharuan hukum pidana (KUHP) Indonesia yang merupakan fokus utama dalam penelitian ini, juga meliputi tiga masalah dasar tersebut.¹⁾ Oleh karena itu, sebagai hasil penelitian dan pembahasan, berikut ini akan dipaparkan secara berurutan mengenai tiga masalah di atas dengan suatu pendekatan yang bersifat komparatif antara menurut konsep

¹⁾ Dalam seminar tentang *Penelaahan Pembaharuan Hukum Nasional* yang diselenggarakan oleh BPHN pada tanggal 14-16 Juni 1982, menurut Barda Nawawi Arief, telah terjadi kesepakatan pendapat dari Tim Pengkajian Bidang Hukum Pidana bahwa dalam hukum pidana, terdapat tiga pokok persoalan yang menyangkut : perbuatan yang dilarang (perbuatan pidana –pen.), orang yang melanggar larangan (pertanggung jawaban pidana –pen) dan pidana (maksudnya sanksi pidana –pen.). Lihat Barda Nawawi Arief dalam *Beberapa Aspek Baru dalam Konsep KUHP Baru*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi untuk Dosen-dosen Fakultas Hukum PTN/PTS se-Indonesia, diselenggarakan FH-UNDIP Semarang tanggal 12-31 Januari 1993.

hukum pidana Islam dengan menurut konsep Naskah Rancangan KUHP Baru. Selanjutnya berdasarkan studi komparatif tersebut kemudian akan dirumuskan implementasi kontribusinya dalam bentuk suatu kebijakan legislatif.

A. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Tindak Pidana

A.1. Konsep Hukum Islam tentang Tindak Pidana

A.1.1. Hakekat Tindak Pidana Menurut Islam

Menurut para ahli filsafat hukum Islam, setidaknya ada 5 (lima) hal/kepentingan (ada juga yang mengatakan enam hal) yang bersifat pokok (dloruri) mengenai manusia yang harus menjadi pusat perhatian dan titik tolak setiap pengaturan hukum. Artinya, hukum Islam mengenai masalah apapun yang telah ditetapkan dalam nash Al-Qur'an, al-hadits maupun al-qonun (perundang-undangan) ataupun yang masih akan ditetapkan sebagai respon yuridis terhadap problem-problem baru yang muncul di masa mendatang, harus bersifat mendukung terhadap terwujudnya lima atau enam hal tersebut. Kelima atau keenam hal yang merupakan kepentingan pokok itu ialah terpeliharanya masalah eksistensi agama, terjaminnya masalah hak hidup (jiwa) manusia, terjaganya masalah hak milik (harta), kesucian akal dan keturunan serta harga diri (martabat) manusia. Dengan kata lain, secara ringkas disyariatkannya hukum-hukum Islam adalah dimaksudkan untuk terwujudnya kemaslahatan atau kebaikan dalam hidup manusia dan sekaligus untuk mencegah timbulnya mafsadah atau kerusakan dalam hidup manusia itu sendiri.²⁾

²⁾ Lihat kembali uraian detail mengenai hal-hal di atas dalam Bab II Sub C tentang Tujuan Pembentukan Hukum Pidana Islam. Lihat juga sebagai tambahan penjelasan dalam Al-Ghazali, *Al-Mustofa min al-ilm al-ushul*, Syirkah at-Tiba'ah al-Faniyyah al-Muttahidah, Kairo, 1971, hal 251. Khusus berkait dengan kepentingan pokok keenam dalam hidup manusia yaitu *li hifdhi al-Irsh* (terjaganya martabat/kehormatan diri manusia) adalah disarikan dari ketentuan hukum Islam tentang "qodza" yang melarang orang menuduh zina orang lain secara sembarangan (tanpa bukti) sehingga dapat menjatuhkan martabat orang yang dituduh. Perhatikan Q.S. An-Nuur: 4-9.

Berdasarkan hal di atas, secara "mafhum mukholafah" atau argumentatif a contrario dapat disimpulkan bahwa perbuatan apa saja yang dapat menghambat/mencegah terwujudnya maksud disyari'atkannya hukum Islam tersebut harus dinyatakan sebagai hal yang tercela/terlarang. Dalam konteks hukum pidana, perbuatan tercela/terlarang sering disebut sebagai "tindak pidana" atau menurut hukum pidana Islam disebut dengan istilah "jarimah".³⁾

Dalam hubungan ini, Ahmad Hanafi menyatakan bahwa dalam pandangan Islam, 'illat hukum atau dasar filosofi yang melatar belakangi ditetapkannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana (jarimah) adalah karena perbuatan tersebut bisa merugikan kepada tata aturan kehidupan masyarakat, atau kepercayaan-kepercayaannya, atau merugikan anggota-anggotanya (sebagai individu) atau harta-harta benda miliknya, atau nama baiknya, atau perasaan-perasaannya atau pertimbangan-pertimbangan lain yang harus dihormati dan dipelihara.⁴⁾

Berbagai karakteristik dari perbuatan yang disebutkan Ahmad Hanafi di atas, esensinya adalah merupakan perbuatan yang dapat menghalangi tercapainya tujuan pokok persyari'atan hukum Islam khususnya yang berupa "dar'ul mafaasid" (mencegah timbulnya kerusakan dalam kehidupan manusia). Sebab perbuatan apapun yang dapat merugikan tata kehidupan masyarakat, anggota-anggotanya sebagai pribadi, harta benda miliknya dan lain-lain tersebut adalah perbuatan yang destruktif (ada unsur mafaasid-nya).

³⁾ Dalam literatur tentang hukum pidana Indonesia, selain istilah "tindak pidana", terdapat pula beberapa istilah lain untuk menyebutkan perbuatan tercela yang terlarang tersebut. Seperti istilah "perbuatan pidana", "peristiwa pidana", "delik", dan lain sebagainya.

⁴⁾ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta, 1990, hal.2.

Berdasarkan hal di atas, secara "mafhum mukholafah" atau argumentatif a contrario dapat disimpulkan bahwa perbuatan apa saja yang dapat menghambat/mencegah terwujudnya maksud disyariatkannya hukum Islam tersebut harus dinyatakan sebagai hal yang tercela/terlarang. Dalam konteks hukum pidana, perbuatan tercela/terlarang sering disebut sebagai "tindak pidana" atau menurut hukum pidana Islam disebut dengan istilah "jarimah".³⁾

Dalam hubungan ini, Ahmad Hanafi menyatakan bahwa dalam pandangan Islam, 'illat hukum atau dasar filosofi yang melatar belakangi ditetapkannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana (jarimah) adalah karena perbuatan tersebut bisa merugikan kepada tata aturan kehidupan masyarakat, atau kepercayaan-kepercayaannya, atau merugikan anggota-anggotanya (sebagai individu) atau harta-harta benda miliknya, atau nama baiknya, atau perasaan-perasaannya atau pertimbangan-pertimbangan lain yang harus dihormati dan dipelihara.⁴⁾

Berbagai karakteristik dari perbuatan yang disebutkan Ahmad Hanafi di atas, esensinya adalah merupakan perbuatan yang dapat menghalangi tercapainya tujuan pokok persyari'atan hukum Islam khususnya yang berupa "dar'ul mafaasid" (mencegah timbulnya kerusakan dalam kehidupan manusia). Sebab perbuatan apapun yang dapat merugikan tata kehidupan masyarakat, anggota-anggotanya sebagai pribadi, harta benda miliknya dan lain-lain tersebut adalah perbuatan yang destruktif (ada unsur mafaasid-nya).

³⁾ Dalam literatur tentang hukum pidana Indonesia, selain istilah "tindak pidana", terdapat pula beberapa istilah lain untuk menyebutkan perbuatan tercela yang terlarang tersebut. Seperti istilah "perbuatan pidana", "peristiwa pidana", "delik", dan lain sebagainya.

⁴⁾ Ahmad Hanafi, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta, 1990, hal.2.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa pengertian dan sifat hakiki dari tindak pidana menurut konsep Islam ialah perbuatan yang apabila dilakukan seseorang bisa menimbulkan mafsadah/kerusakan/kerugian atau dlarar/bahaya bagi kehidupan manusia baik sebagai individu maupun sebagai anggota suatu komunitas/masyarakat. Konsep demikian ini didasarkan atas hadits nabi riwayat Imam Ahmad yang mengajarkan: "*laa dlaraara wa laa dliraara*".⁵⁾ Artinya, janganlah melakukan perbuatan yang membahayakan dirimu dan (terlebih lagi) yang membahayakan orang lain. Di samping itu, hampir sejalan dengan ajaran hadits nabi di atas adalah ketentuan dalam Q.S. Al-Baqarah ayat 195 yang berbunyi: "*wa laa tulquu bi aidiikum ilaa at-tahlukati*".⁶⁾ Artinya, dan janganlah kamu menjatuhkan dirimu sendiri ke dalam kebinasaan.

Ajaran Al-Qur'an dan al-hadits di atas apabila dimplementasikan dalam konteks hukum pidana maknanya ialah normaisasi hukum yang melarang (dengan label sebagai tindak pidana) terhadap segala macam perbuatan manusia yang dapat menimbulkan bahaya/kerusakan/kerugian baik terhadap diri pelaku maupun orang lain (dengan kata lain bahaya bagi kehidupan manusia). Meskipun normaisasi suatu perbuatan sebagai jarimah (tindak pidana) pada prinsipnya demikian, harus dipahami pula bahwa tidak selamanya suatu perbuatan yang dipandang sebagai tindak pidana dimana pelakunya dapat dikenai suatu ancaman pidana adalah selalu bersifat merugikan semua pihak dan pelarangannya selalu bisa diharapkan akan mendatangkan mashlahat bagi semuanya. Hal demikian ini karena suatu tindak pidana seperti zina, menyerobot hak milik orang lain dan sebagainya, boleh jadi

⁵⁾ As-Suyuuthi, *Al-Jami' As-Shaghir*, jilid II, Daar al-Kutub, Beirut, 1954, hal. 203.

⁶⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Penerbita Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi tahun 1993/1994, hal. 147. Lihat juga Q.S. Al-Baqarah ayat 233 yang melarang seorang ayah/ibu menderitakan diri karena anaknya.

malah membawa keuntungan bagi pihak tertentu (dalam hal ini paling tidak bagi pelakunya secara perseorangan). Begitupun dengan ancaman pidana yang dapat dikenakan kepada pelaku, tentunya bukan merupakan suatu kemaslahatan (kebaikan) baginya karena hakekat pidana ialah sesuatu yang menderitakan.

Dalam masalah di atas, pertimbangan utama menurut hukum Islam dalam mengkriminalisasikan suatu perbuatan sebagai jarimah (tindak pidana) adalah bukan karena segi keuntungan yang mungkin bisa dialami oleh perseorangan dan bukan pula karena segi kerugian yang bisa dialami pelaku tindak pidana pada saat sanksi pidananya ditegakkan. Pelarangan terhadap suatu perbuatan sebagai tindak pidana adalah karena perbuatan tersebut merugikan atau paling tidak predictable akan membawa kerugian bagi masyarakat. Dalam kenyataan, sangat jarang diketemukan adanya suatu perbuatan yang semata-mata bersifat membawa keuntungan atau hanya menimbulkan kerugian saja. Kebanyakan perbuatan menimbulkan akibat campuran, yakni antara keuntungan dan kerugian. Namun sesuai dengan tabiat atau sifat dasar manusia, pada umumnya ia cenderung selalu memilih perbuatan yang akan lebih banyak membawa keuntungan bagi dirinya dari pada yang merugikannya, meskipun perbuatan tersebut akan merugikan masyarakatnya. Sebaliknya pula iapun cenderung selalu menghindari perbuatan yang akan lebih banyak membawa kerugian bagi dirinya, meskipun perbuatan tersebut akan menguntungkan masyarakatnya.

Dalam kerangka pemahaman tentang tabiat manusia di atas, maka kehadiran hukum pidana adalah berfungsi sebagai pendorong manusia agar mau mengerjakan hal-hal yang tidak disukainya, sepanjang hal itu bisa mewujudkan kepentingan masyarakat. Bersikap mentaati hukum karena dipaksa yakni melalui ancaman pidana adalah sesuatu yang pasti tidak disukai manusia. Meskipun demikian sikap tersebut (taat hukum) dipandang penting yakni dalam rangka agar bisa terwujud kepentingan-

kepentingan lain yang lebih luas/masyarakat seperti ketertiban, ketentraman dan sebagainya. Di samping itu, fungsi kehadiran hukum pidana juga dimaksudkan sebagai pencegah manusia agar mau menjauhkan diri dari hal-hal yang meskipun disukainya tetapi bisa membawa kerugian bagi masyarakat. Jadi secara ringkas dapat dikatakan bahwa dasar pelarangan sesuatu perbuatan adalah lebih berorientasi pada usaha demi pemeliharaan kepentingan dalam kehidupan masyarakat itu sendiri dari pada kepentingan yang hanya bersifat perseorangan. Meskipun kelahiran hukum pidana dalam rangka memberikan perlindungan terhadap kepentingan masyarakat tersebut secara implisit juga terkandung upaya untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan perseorangan.⁷⁾

Ketentuan Al-Qur'an dalam surat al-Baqarah ayat 179 menegaskan bahwa hukum tentang qishash ditetapkan dalam syari'at Islam adalah bertujuan agar kehidupan sebagai salah satu hak asasi masyarakat manusia yang sangat fundamental lebih dapat dijamin keberadaannya (*walakum fi al-qishashi hayaatun yaa ulil al-baab*).⁸⁾ Maksud dari ayat di atas ialah agar sanksi pidana qishash (mati) yang diancamkan terhadap pelaku tindak pidana pembunuhan dengan sengaja bisa dijadikan "warning" (peringatan) bagi manusia untuk menjauhinya. Sebab perbuatan membunuh orang lain secara sengaja tersebut, sama saja artinya pelaku perbuatan itu membunuh dirinya sendiri. Karena nantinya ia akan terkena pidana qishash (mati). Apabila setiap manusia mampu dan mau berpikir demikian, maka tidak akan terjadi pembunuhan dan apabila pembunuhan sudah tercegah oleh adanya pemahaman yang

⁷⁾ Hasil wawancara peneliti dengan Drs. Syamsul Anwar, M.A selaku responden ahli hukum Islam pada tanggal 20 Juni 1998.

⁸⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi tahun 1993/1994, hal. 44.

baik tentang maksud hukum qishash seperti di atas, maka tentu akan terjamin hak hidup dalam masyarakat manusia tersebut.⁹⁾

Berdasarkan pemahaman tentang ayat qishash di atas dapat disimpulkan bahwa hukum Islam yang melarang perbuatan membunuh sebagai tindak pidana dengan dikukuhkan melalui ancaman pidana qishash tersebut adalah berorientasi pada tujuan terpeliharanya kepentingan masyarakat berupa jaminan kehidupan bersama. Namun demikian, di dalam hukum qishash tersebut secara implisit juga terkandung suatu orientasi pemberian perlindungan terhadap hak hidup perseorangan sebagai anggota masyarakat.

A.1.2. Dasar Hukum Penetapan Tindak Pidana Menurut Islam

Dalam hukum pidana, masalah dasar hukum untuk menilai dan menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dikenal dengan ajaran tentang asas legalitas. Inti asas ini sering diartikan sebagai prinsip hukum pidana yang mengajarkan bahwa suatu perbuatan yang dilakukan seseorang tidak boleh dipandang sebagai tindak pidana (terlarang) dan pelakunya juga tidak boleh dijatuhi suatu pidana kecuali sebelum perbuatan itu terjadi sudah ada hukum yang mengaturnya demikian. Jadi hukum yang berisi ketentuan mengenai larangan suatu perbuatan dilakukan harus telah ada terlebih dahulu sebelum perbuatan itu benar-benar terjadi/dilakukan seseorang.

⁹⁾ Ahmad Fathi Bahansy, *Al-Qishah fi al-Fiqhi al-Islami*, As-Syirkah al-'Arabiyyah li at-Tiba'ah wan-Nasyr, Kairo, 1964, hal 12.

Dalam konsep Islam, ajaran mengenai asas legalitas tersebut dapat ditemukan penegasannya dalam beberapa surat dan ayat Al-Qur'an Al-Kariem antara lain sebagai berikut : ¹⁰⁾

1. Q.S. Al-Isra' ayat 15 : *"wa maa kunna mu'addzibiina hatta nab'atsa rasulaa"*.

Artinya : Dan Kami (Tuhan Allah-pen) tidak akan meng'adzab (menghukum seseorang-pen.) sebelum kami mengutus seorang Rasul.

2. Q.S. Al-Qashash ayat 59 : *"wa maa kaana robbuka muhlika al-qura hatta yab'atsa fi ummiha rasulan yatlu 'alaihim aayaatina"*. Artinya : Dan tidaklah Tuhanmu akan membinasakan (sebagai hukuman-pen.) penduduk suatu kota, sebelum Dia mengutus di kalangan penduduk kota itu seorang Rasul yang membacakan ayat-ayat Kami (memberitahukan dan menjelaskan hukum-hukum Allah-pen.).

3. Q.S. Al-An'am ayat 19 : *"wa uhiya ilayya hadza al-qur'anu li undzirakum bihi wa man balagha"*. Artinya : Dan Al-qur'an ini diwahyukan kepadaku (Muhammad-pen.) adalah supaya dengannya aku memberi peringatan kepadamu dan kepada orang-orang yang sampai (kepada mereka-pen.) Al-qur'an ini.

Berdasarkan ayat-ayat di atas, dapat diketahui bahwa betapa Islam sangat menekankan masalah legalitas dalam ajaran hukumnya tersebut. Hal demikian ini karena asas tersebut bersentuhan langsung dengan masalah perasaan keadilan dalam diri manusia. Maksudnya, apabila seseorang sebelumnya sama sekali tidak pernah mendengar atau mengetahui tentang adanya suatu aturan hukum yang menganggap perbuatan tertentu sebagai jarimah (terlarang dan dapat dipidana), kemudian orang

¹⁰⁾ *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Penerbit Departemen Agama Republik Indonesia, Penerbit C.V. Kathoda, Jakarta, edisi 1993/1994, hal. 426, 619 dan 189.

tersebut benar-benar dipidana setelah melakukan perbuatan tertentu yang tidak diketahuinya tadi, maka hal demikian tentu merupakan suatu ketidakadilan. Dalam ayat-ayat di atas, dinyatakan apabila suatu kaum tidak pernah mendengar/mengetahui hukum-hukum Allah (melalui dakwah), kemudian di akhirat kelak mereka disiksa karena melanggar hukum-hukum Allah yang belum pernah diketahuinya tadi, maka hal demikianpun juga merupakan ketidakadilan, padahal mustahil Allah berbuat tidak adil. Oleh karena itu Allah menegaskan bahwa hal itu (penyiksaan sebagai hukuman balasan) tidak mungkin terjadi kecuali sebelumnya (pada saat di dunia) Allah telah mengutus seorang Rasul yang ditugasi menyampaikan serta menjelaskan hukum-hukum-Nya sebagai peringatan (li undzirakum).

Esensi keadilan sebagai basis filosofis dari konsep asas legalitas menurut Islam tersebut juga menjadi penegasan analisis Ahmad Hanafi yang menyebutkan bahwa sesungguhnya ajaran asas legalitas pada syari'at Islam adalah didasarkan atas ketentuan-ketentuan umum/prinsipal dari nash-nash syara' yang menyuruh keadilan dan melarang kedzaliman.¹¹⁾ Dengan dianutnya ajaran tentang asas legalitas, maka macam-macam tindak pidana dan sanksinya akan dapat diketahui dengan jelas dan pasti, sehingga dengan demikian orang akan berhati-hati agar jangan sampai melakukan tindak pidana karena akan berakibat penderitaan terhadap dirinya yaitu manakala sanksi pidana yang hakekatnya suatu nestapa dikenakan terhadap pelaku tindak pidana tersebut.

¹¹⁾ Ahmad Hanafi, *Op.Cit.*, hal 60.

Kemudian secara lebih operasional, berdasarkan ayat-ayat al-qur'an di atas, para fuqoha' (ulama ahli hukum Islam) juga menjabarkan ajaran tentang asas legalitas tersebut dalam kaidah-kaidah fiqhiyyah.¹²⁾ Beberapa diantara kaidah-kaidah fiqhiyyah tersebut ialah:

1. *"Al-Ashlu fi al-asyyai wa al-af'ali al-ibahati hatta yaqumu al-dalilu 'ala khilafih".*¹³⁾ Artinya, hukum asal (pokok) dari segala perkara dan semua perbuatan adalah diperbolehkan hingga akhirnya ada suatu dalil (dasar hukum) yang membedakannya (tidak lagi diperbolehkan-pen.). Maksud kaidah di atas ialah bahwa pada dasarnya setiap perbuatan itu boleh/bebas untuk dilakukan (jadi tidak terlarang dan juga tidak diharuskan) dan oleh karenanya maka pelakunya tidak dimintai pertanggung jawaban, sehingga ada/lahir suatu aturan hukum yang menentukannya lain (melarang/ mengharuskan).
2. *"Laa hukma li'af'ali al-'uqala qobla wurudi al-nash".*¹⁴⁾ Artinya, perbuatan orang yang berakal tidak ada hukum apapun terhadapnya sebelum ada nash (aturan) yang menentukannya. Kaidah ini mengandung arti bahwa setiap perbuatan mukallaf (yaitu orang yang sudah dapat dibebani suatu tanggung jawab hukum), tidak dapat dituntut sebagai perbuatan pidana kecuali sebelumnya sudah ada nash (aturan hukum) yang menentukan perbuatan tersebut sebagai perbuatan pidana. Berdasarkan kedua kaidah fiqhiyyah di atas, maka muncullah kaidah fiqhiyyah ke tiga berikut ini.

¹²⁾ Kaidah Fiqhiyyah adalah kaidah umum yang disusun melalui penelitian secara induktif terhadap materi-materi hukum yang disebutkan dalam nash Qur'an atau Hadits yang berfungsi sebagai pedoman dalam memberikan ketentuan hukum terhadap berbagai macam peristiwa hukum. Pemahaman secara baik mengenai kedudukan dan fungsi kaidah fiqhiyyah dalam struktur ajaran hukum Islam ini antara lain dapat dibaca Abdul Wahab Khallaf, "Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)", Penerbit CV. Rajawali, Jakarta, 1989. Lihat juga Ahmad Azhar Basyir, "Pokok-pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam", Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1984.

¹³⁾ Jalaludin al- Suyuti, *Al-Asybah wa al-Nadhair*, Babi al-Halabi, Mesir, 1938, hal. 59.

3. "*Laa jarimata wa laa 'uqubata illa bi nashshin*".¹⁵⁾ Artinya, tidak ada suatu perbuatan boleh dianggap sebagai suatu jarimah (tindak pidana), dan tidak ada pula suatu hukuman (pidana) yang boleh dijatuhkan kepada pelakunya kecuali sebelumnya telah ada nash (aturan hukum) yang menentukan demikian.

Dalam Hukum Pidana Islam, pengertian "aturan hukum" yang biasa disebut dengan istilah "nash" adalah mencakup aturan-aturan hukum yang bersifat tertulis (baik yang terdapat di dalam Al-qur'an, al-hadits atau al-qonun/perundang-undangan yang ditetapkan oleh penguasa), dan juga mencakup aturan-aturan hukum yang bersifat tidak tertulis yakni yang berupa prinsip pokok disyari'atkannya hukum Islam (Al Maqashidu al-Tasyri'iyyah). Dengan kata lain, asas legalitas yang merupakan prinsip untuk menilai apakah suatu perbuatan itu terlarang atau tidak, menurut ajaran Hukum Pidana Islam adalah meliputi baik legalitas dalam pengertiannya yang formal (berdasarkan aturan hukum tertulis yaitu al-qur'an, al-hadits dan al-qonun) maupun legalitas dalam pengertiannya yang material (berdasarkan aturan hukum tidak tertulis yaitu berujud prinsip pokok tasyri' Islam). Adapun prinsip pokok atau inti disyari'atkannya hukum Islam itu ialah untuk mencegah kerusakan atau bahaya dan menciptakan kemaslahatan atau kebaikan dalam kehidupan ummat manusia.¹⁶⁾ Jadi dengan demikian, argumentatif a contrario-nya adalah segala macam perbuatan manusia (apa saja dan kapan saja terjadinya), sepanjang mencerminkan sifat "dapat mendatangkan kerusakan/bahaya dan dapat mencegah terwujudnya kemaslahatan bagi hidup manusia" pada prinsipnya terlarang. Dalam arti kata dapat dianggap

¹⁴⁾ Fatkhi Banansi, *Al-'Uqubah fi Fiqh al-Islami*, Daar al-Kutub, Mesir, 1958, hal. 33.

¹⁵⁾ Abdul Qodir 'Audah, *Al-Tasyri' al-jina'ie al-Islamie*, jilid I, Daar al-Kutub, Beirut, 1963, hal. 115.

¹⁶⁾ Dalam kaidah fihiyyah, prinsip pokok tentang tujuan disyari'atkannya hukum Islam di atas dikenal dengan sebutan "*Dar'ul Mafaasidi wa jalbul Mashaalih*". Ia adalah inti dari seluruh tujuan tasyri' yang seringkali dirumuskan dalam bahasa lain yakni mewujudkan keadilan dan mencegah kezaliman.

sebagai jarimah (tindak pidana) dimana untuk pencegahan ataupun penanggulangannya, pelaku perbuatan tersebut dapat dikenai sanksi pidana.

Sebagaimana telah dijelaskan dalam sub bab terdahulu (IV.A.1.1) tentang hakekat tindak pidana menurut Islam, bahwa prinsip tentang tujuan pokok persyari'atan hukum Islam tersebut adalah bersumber dari ajaran hadits nabi yang melarang manusia berbuat sesuatu yang membahayakan dirinya maupun orang lain (*laa dlarara wa laa dliraara*). Oleh karena itu prinsip ini sering juga dinamakan sebagai *prinsip "dlarar"*.

Dalam konteks demikian maka dapat dikatakan juga bahwa pengertian "hukum tidak tertulis" yang menjadi basis pandangan hukum pidana Islam mengenai apakah suatu perbuatan terlarang atau tidak adalah bertumpu pada prinsip "dlarar" di atas. Maksudnya, apakah suatu perbuatan itu dapat mendatangkan bahaya/kerusakan/kerugian bagi kehidupan manusia atau tidak. Bila ya, maka perbuatan itu merupakan perbuatan terlarang, bila tidak, maka merupakan perbuatan yang diperbolehkan (*mubah*). Dalam hal ini, dasar yang digunakan untuk menilai apakah suatu perbuatan itu membahayakan (*dlarar*) atau tidak ialah menurut pandangan ajaran agama, bukan menurut pandangan masyarakat yang bisa berubah-ubah karena adanya arus perubahan yang terjadi dalam kehidupan masyarakat itu sendiri. Seperti karena pengaruh modernisme/permisivisme yang seringkali dipahami dan dipraktekkan secara salah kaprah dalam kehidupan sehari-hari.

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan bahwa dalam hukum pidana Islam, sumber atau dasar untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana adalah berupa hukum tertulis baik yang berasal dari nash al-Qur'an, al-Hadits, maupun al-Qonun (perundang-undangan) dan juga berupa hukum tidak tertulis yang mengacu kepada prinsip tujuan pokok persyari'atan hukum Islam/prinsip *dlarar*. Jadi

dengan kata lain bertolak dari asas legalitas dalam pengertiannya yang formal dan juga dari asas legalitas dalam pengertiannya yang material.

Selanjutnya pada tataran aplikasi, hukum pidana Islam membedakan penerapan asas legalitas ini dikaitkan dengan kategori jenis perbuatan yang akan dinilai sebagai tindak pidana. Maksudnya, untuk menilai perbuatan-perbuatan yang dipandang sangat membahayakan dan mempengaruhi keamanan serta ketenteraman masyarakat luas sebagai jarimah (tindak pidana), konsep islam menerapkan asas legalitas ini secara ketat. Artinya, tidak bisa tidak harus didasarkan pada nash atau aturan hukum yang bersifat formal (tertulis) yang terlebih dahulu ada sebelum perbuatan itu terjadi. Adapun perbuatan-perbuatan yang memiliki kategori demikian yang dalam Hukum Pidana Islam biasa disebut dengan istilah "jarimah-jarimah Hudud dan Qishash-Diyat", jumlahnya sangat terbatas. Untuk kategori perbuatan yang disebut sebagai jarimah hudud misalnya, ialah hanya terdiri dari: (1) Zina (hubungan seks di luar nikah); (2) Qodzaf (fitnah); (3) Sirqoh (pencurian); (4) Khirobah (perampokan); (5) Syurbah (mengkonsumsi sesuatu yang memabukkan); (6) Riddah (konversi agama) dan (7) al-Baghyu (pemberontakan). Sedangkan yang termasuk jarimah Qishash meliputi pembunuhan dan penganiayaan. Mengingat beberapa tindak pidana hudud dan qishash tersebut sangat membahayakan dan berpengaruh luas bagi kehidupan masyarakat, maka penilaian terhadap perbuatan-perbuatan tersebut sebagai jarimah ditentukan secara tegas dalam hukum formal (tertulis), baik dalam nash Al-qur'an ataupun al-hadits. Misalnya, larangan perbuatan zina yang tegas dinyatakan dalam Q.S. Al-Isra' :32 , An-Nuur :2, An-Nisa' :15; larangan Qadzaf dalam Q.S. An-Nuur: 4-9; larangan sirqoh dalam Q.S. Al-Maidah :38; larangan Khirobah dalam Q.S. Al-Maidah :33, larangan Syurbah dalam Q.S. Al-Maidah :90; larangan Riddah dalam Q.S. Ali Imran :85, dan Al-Baqarah :217 serta

larangan al-baghyu dalam Q.S. Al-Hujaraat :9. Sedangkan larangan terhadap perbuatan pembunuhan atau penganiayaan (jarimah qishash), secara tegas ditentukan antara lain dalam Q.S Al-Isra':33, Al-Maidah:45, Al-Baqarah 178-179 dan lain-lain. Jadi dapat dikatakan penerapan asas legalitas terhadap kedua jenis jarimah tersebut (hudud dan qishas) adalah bersifat ketat. Artinya perbuatan seseorang untuk dapat dikatakan sebagai jarimah hudud/qishash harus didasarkan pada aturan hukum tertulis (nash Al-qur'an dan Al-Hadits) yang telah ada terlebih dahulu sebelum perbuatan itu terjadi.

Sedangkan untuk menilai perbuatan-perbuatan di luar kategori jarimah-jarimah hudud dan qishash-diyat sebagai suatu perbuatan terlarang (perbuatan dengan kategori ini biasa disebut dengan istilah jarimah ta'ziir), hukum pidana Islam menerapkan ajaran asas legalitas ini sedikit agak "longgar". Dalam arti penilaian terhadap suatu perbuatan sebagai jarimah ta'ziir, pertama-tama tetap harus didasarkan atas aturan hukum tertulis yang tercantum dalam al-qonun (undang-undang yang ditetapkan oleh penguasa). Jadi menerapkan ajaran asas legalitas dalam pengertiannya yang formal. Akan tetapi, apabila di dalam al-qonun tidak dijumpai ketentuan hukumnya, padahal dalam realitas/fakta, perbuatan yang terjadi yang tidak termasuk kategori jarimah hudud dan qishash tersebut mengandung aspek "dlarar" (membahayakan atau merugikan kehidupan manusia), maka berdasarkan prinsip tentang tujuan pokok tasyri' Islam yakni mencegah bahaya dan menciptakan mashlahah, perbuatan tersebut tetap harus dinilai sebagai jarimah (ta'ziir) walaupun belum/tidak ada hukum tertulisnya. Jadi dalam hal ini Islam menerapkan ajaran asas legalitas dalam pengertiannya yang material (berdasarkan hukum tidak tertulis). Adapun dasar pemikiran atau pertimbangannya ialah demi untuk menciptakan kemaslahatan dalam kehidupan manusia dan sekaligus pada saat yang sama juga

untuk mencegah meluasnya dlarar (bahaya) yang dapat ditimbulkan oleh perbuatan tersebut.¹⁷⁾

Atas dasar konsep di atas, maka Hanafi¹⁸⁾ menyatakan, dalam hukum pidana Islam khususnya yang berkaitan dengan masalah ta'ziir, suatu perbuatan sangat mungkin tidak diketahui sebagai suatu jarimah (tindak pidana) kecuali sesudah terjadinya. Hal demikian ini karena hukum Islam hanya memberikan "rambu-rambu" mengenai suatu perbuatan sebagai jarimah (ta'ziir) yakni melalui identifikasi sifat-sifatnya secara umum (dalam hal ini sifat-sifat itu disebut sebagai memenuhi aspek "dlarar").

Sebagai contoh, misalnya dalam suatu masyarakat muncul fenomena perbuatan riba (renten) yang sudah sedemikian "mewabah" sehingga menyebabkan masyarakat tersebut menjadi sangat konsumtif karena "kemudahan-kemudahan" memperoleh uang yang diberikan oleh para rentenir. Namun eskalasi dari menumpuknya hutang oleh masyarakat tadi berakibat mereka "terjerat" dan dengan secara mudah terpaksa menyerahkan berbagai benda miliknya yang berharga (seperti tanah, rumah dan sebagainya) untuk melunasi hutang-hutang mereka pada rentenir. Akibat selanjutnya ialah terjadinya kesengsaraan hidup dan kemiskinan secara massal. Kondisi demikian ini adalah merupakan sesuatu yang mafsadah/dlarar (merugikan dan berbahaya).

Dalam konteks contoh kasus di atas, meskipun seandainya pada saat terjadi fenomena riba yang meluas tersebut, belum ada aturan hukum pidana tertulis (Al-Qonun) yang melarang perbuatan riba (rentan) dan memberikan ancaman pidana

¹⁷⁾ Hasil wawancara peneliti dengan Drs. Syamsul Anwar, M.A selaku responden ahli hukum Islam pada tanggal 20 Juni 1998. Lihat juga penjelasan Azhar Basyir dalam *Ikhtisar Fiqih Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1982, hal 2-3.

¹⁸⁾ Ahmad Hanafi, *Op Cit*, hal. 79.

tertentu bagi rentenir, perbuatan tersebut tetap dapat dinilai sebagai jarimah (tindak pidana) karena merugikan/membahayakan kehidupan masyarakat. Dasar penilaiannya adalah bersumber dari hukum tidak tertulis yang mengacu (berorientasi) kepada prinsip tentang tujuan inti disyariatkannya hukum islam yakni "dar'ul mafaasidi wa jal bul mashaalikhi". Hal demikian ini dimungkinkan karena perbuatan riba dalam pandangan hukum pidana Islam tidak termasuk jarimah hudud/jarimah qishosh-diyat, melainkan merupakan perbuatan ta'ziir. Oleh karena itu, atas pertimbangan untuk mencegah meluasnya kerusakan/kerugian dalam kehidupan di masyarakat (tidak mudah terjatuh hutang dan tidak mudah konsumtif) dan dengan demikian ke depan diharapkan akan tercipta kemashlahatan, maka penguasa dan hakim atas pertimbangan-pertimbangan di atas dapat berijtihad untuk melakukan tindakan hukum seperti menangkap dan mempidana para rentenir tersebut.

Konsep aplikasi/penerapan asas legalitas khususnya yang berkenaan dengan kriminalisasi suatu perbuatan sebagai jarimah (tindak pidana) ta'ziir sebagaimana telah diuraikan di atas, sesungguhnya membuktikan kebenaran tentang fleksibilitas (keluwesan) hukum pidana Islam. Karena hakekat ta'ziir dalam hukum pidana islam sesungguhnya adalah stigma atau cap sebagai jarimah (tindak pidana) terhadap segala macam perbuatan yang terjadi di tengah kehidupan masyarakat yang mendatangkan mafsadat (bahaya/kerusakan/ kerugian). Stigma tersebut dapat dikenakan pada segala bentuk perbuatan mafsadat yang terjadi dimana saja dan kapan saja. Sebaliknya, stigma tersebut juga dapat dicabut/dihapuskan kapan saja dan dimana saja sepanjang sifat mafsadat dari perbuatan tersebut dinilai sudah tidak ada. Dengan kata lain konsepsi ta'ziir ini merupakan sarana/wadah bagi penguasa untuk melakukan kebijakan "kriminalisasi" maupun "dekriminalisasi" dalam rangka mengatasi segala macam problem sosial khususnya yang berhubungan dengan masalah kejahatan yang terjadi dan berkembang di masyarakat. Dengan konsep ta'ziir

hukum islam tidak akan mengalami "ketertinggalan kereta" dalam mengejar dan mengatasi problem kejahatan yang akan terus berkembang kuantitas maupun kualitasnya. Sebab secanggih apapun perilaku kriminal tersebut dikemas oleh manusia, sepanjang ia dapat diidentifikasi sifat mafsadatnya, maka dengan sendirinya sampai kapanpun dan dimanapun perbuatan tersebut harus tetap dianggap sebagai kriminal dengan status sebagai jarimah ta'ziir, yang tentu bagi pelakunya dapat dikenai sanksi pidana ta'ziir dalam rangka upaya penanggulangannya. Demikian pula sebaliknya, bila memang perbuatan tersebut sudah tidak mengandung bahaya lagi bagi kehidupan manusia, maka status sebagai tindak pidana (jarimah) ta'ziir di atas pun dapat dihilangkan sehingga pelakunya tidak lagi merupakan orang yang dapat dikenai pidana (bisa didekriminalisasikan). Konsep inilah yang merupakan bukti dari statement diatas bahwa melalui konsep ta'ziir, sesungguhnya hukum pidana islam adalah hukum yang sangat fleksibel (akomodatif terhadap perubahan di masyarakat).

Dalam kaitannya dengan ajaran tentang asas legalitas ini, disamping beberapa konsep yang telah dipaparkan terdahulu (seperti konsep tentang dianutnya ajaran legalitas baik dalam pengertiannya yang formal maupun material, konsep tentang pembedaan aplikasi ajaran legalitas berdasarkan kategori perbuatan yang hendak dinilai sebagai tindak pidana dan sebagainya), hukum pidana Islam juga mengajarkan tentang dimungkinkannya penyimpangan terhadap asas legalitas tersebut. Khususnya ialah aspek dari ajaran asas legalitas yang berupa "hukum tidak boleh berlaku secara surut" (asas non retro aktif).¹⁹⁾ Artinya, berdasarkan hal-hal atau keadaan tertentu, aturan hukum pidana islam dapat diberlakukan secara surut dalam arti mundur ke

¹⁹⁾ Menurut Nico Keijzer sebagaimana dikutip oleh A. Wisnubroto dalam tesisnya berjudul *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Magister Hukum UNDIP Semarang, 1996, hal 81, selain ajaran bahwa hukum tidak boleh berlaku surut, asas legalitas juga mengandung ajaran-ajaran lain seperti "tidak boleh menerapkan undang-undang hukum pidana secara analogis", "tidak boleh ada pidana lain kecuali yang ditentukan oleh undang-undang", dan lain sebagainya.

belakang mengenai perbuatan-perbuatan yang diatur oleh hukum tersebut sebelum hukum itu sendiri lahir/ditetapkan berlakunya. Hal-hal atau keadaan yang merupakan dasar pembeda diberlakukannya hukum secara surut (sering disebut dengan asas retro aktif) di atas, dalam bahasa fiqih jinayat dikenal dengan istilah "*Asas Al-Atsaar Al-Rojie*" (asas retroaktif).

Menurut Fatkhi Bahansi, Asas Al-Atsaar Al-Roji'e atau sering pula disebut *Asas Al-Atsaar Al-Qoth'ie* adalah asas yang mengajarkan bahwa hukum yang baru diberlakukan dapat diterapkan terhadap perbuatan-perbuatan yang diatur di dalamnya yang terjadi sebelum aturan hukum tersebut ada sepanjang terpenuhi syarat-syaratnya.²⁰⁾ Jadi berdasarkan asas Al-Atsaar Al-Roj'ie ini hukum pidana islam membenarkan terjadinya penerapan konsep "hukum boleh berlaku surut/mundur" sebagai penyimpangan dari ajaran asas legalitas.

Sebagai asas penyimpangan, maka sangat logis apabila penerapannya harus berdasarkan alasan-alasan tertentu sebagai syarat seperti berikut ini:

1. Perbuatan yang terjadi sebelum aturan hukum ada dimana setelah hukum itu ada, akan diberlakukan terhadap perbuatan tersebut, haruslah benar-benar merupakan perbuatan yang sangat membahayakan keamanan, ketertiban dan ketentraman masyarakat luas dan demi untuk kebaikan bersama dalam masyarakat tersebut keadaan menghendaki untuk penyelesaian secepatnya.

Untuk menjelaskan syarat pertama di atas, dapat dicontohkan bahwa pada masa Rasulullah pernah diberlakukan hukum mengenai jarimah qodzaf yaitu tindak pidana menuduh wanita baik-baik dengan tuduhan telah berzina tanpa bukti-bukti yuridis. Hukum mengenai tindak pidana qodzaf ini diatur dalam Q.S. An-Nuur ayat 4 yang substansinya mengancam pidana terhadap pelaku qodzaf dengan

²⁰⁾ Fathi Bahansi, *Op Cit*, hal 53.

pidana cambuk 80 kali. Hukum dalam nash qur'an tersebut baru ada (ayatnya baru diturunkan) setelah terjadi fitnah qodzaf terhadap Asiyah (istri nabi) yang dituduh telah berbuat serong dengan laki-laki lain (c.q. Shofwan bin Mu'aththal). Peristiwa tersebut terkenal dengan sebutan "Hadits Al-Ifki". Jadi saat itu perbuatan qodzaf telah terjadi, tapi hukum yang mengatur untuk penyelesaiannya belum ada. Namun demikian, begitu ayat tentang hukum qodzaf tersebut turun, Rasulullah langsung menggunakannya untuk mengadili dan menghukum beberapa sahabatnya yang melakukan jarimah tersebut karena kondisi masyarakat Islam yang baru ditata Rasulullah saat itu sangat berbahaya (diambang perpecahan dan permusuhan) hingga oleh karenanya kasus haditsul ifki tersebut perlu diselesaikan segera. Kebijakan Rasulullah di atas menunjukkan bahwa dalam hukum pidana islam dikenal pula prinsip "hukum boleh berlaku surut". Praktek penerapan hukum bisa berlaku secara surut tersebut juga pernah ditunjukkan oleh Rasulullah dalam menyelesaikan kasus jarimah khirobah (tindak pidana perampokan). Hukum tentang tindak pidana ini adalah tercantum dalam Q.S. Al-Maidah ayat 33 yang substansinya mengancam pidana terhadap pelaku khirobah dengan pidana mati secara salib/mati biasa/potong tangan dan kaki secara silang dan pengasingan. Berbagai jenis ancaman pidana tersebut penerapannya adalah bersifat alternatif disesuaikan dengan tingkat seriusitas khirobah yang nyata-nyata terjadi. Dalam asbabun nuzul, diterangkan bahwa turunnya ayat tentang hukum khirobah di atas adalah berkenaan dengan kasus orang-orang dari suku Urainah yang merampas unta-unta dan membunuh semua penggembalanya. Padahal unta-unta itu dikirim oleh Rasulullah untuk suku Urainah tersebut agar dapat diambil air susunya untuk minuman. Pada saat perampokan dan pembunuhan (khirobah) terjadi, hukum yang mengatur yakni Q.S. Al-Maidah: 33 belum ada. Namun

demikian, begitu ayat tersebut diturunkan, Rasulullah langsung menerapkannya untuk mengadili dan mempidana pelaku khirobah oleh beberapa orang dari suku Urainah di atas. Dengan demikian ayat hukum tentang jarimah khirobah ini diberlakukan secara surut karena perbuatan tersebut dianggap sangat membahayakan keamanan dan ketentraman masyarakat.²¹⁾

2. Pemberlakuan hukum secara surut harus didasarkan atas pertimbangan yakni karena ketentuan dalam hukum baru tersebut isinya dipandang akan lebih menguntungkan bagi terdakwa untuk diberlakukan dibanding apabila hukum lama yang diterapkan. Syarat kedua ini esensinya menggambarkan bahwa hukum Islam adalah hukum yang tidak memberatkan bagi siapapun yang terkena takliif atau pembebanan hukum. Bahkan prinsip tidak memberatkan ini dalam pandangan Islam telah menjadi salah satu asas fundamental bangunan hukum Islam.²²⁾

Kehadiran hukum baru yang lebih menguntungkan terdakwa tersebut dalam praktek peradilan dapat terjadi dalam empat kemungkinan kondisi. Yaitu: (1) terdakwa belum diadili, kemudian lahir hukum baru yang lebih menguntungkan baginya, maka dalam hal ini ia harus diadili dengan hukum baru tersebut, (2) terdakwa sudah diadili dan sudah pula diputuskan perkaranya, tetapi pada saat

²¹⁾ Sejarah tentang sebab-sebab turunnya kedua ayat Al-Qur'an di atas (An-Nur: 4 dan Al-Maidah: 33) yang menjadi dasar pemahaman hukum tentang syarat pertama berlakunya asa Al-Atsaar Ar-Roj'ie tersebut dapat dilihat pada Muhammad Ali As-Shaabany, *"Rawaa'ul Bayaan Tafsiru Aayaati Al-Akhaam"*, jilid I hal 545 - 557 dan jilid II hal 55 - 76, Daar Ihyaii Al-Turaatsi Al-'Araabi, Dimisqo (Damaskus), 1970. Lihat pula As-Sayyid Al-Jamily, *Asbaabu Al-Nuzuul*, Daar Al-Kitab Al-Arabi, Beirut, 1968, hal 158 - 159 dan hal 262.

²²⁾ Prinsip "tidak memberatkan" yang dalam ushul figh dikenal dengan sebutan "Adam al-haraj" diatas dijabarkan dalam beberapa prinsip lain seperti prinsip "Isqath" (gugurnya kewajiban hukum bila tidak mampu/keadaan tidak aman), "Tarkhish" (keringanan untuk boleh melakukan hal-hal terlarang bila dalam keadaan darurat), dan lain sebagainya. Penjelasan lebih lengkap mengenai pengertian prinsip "hukum islam tidak memberatkan" ini dapat dilihat dalam *"Tema-Tema Pokok Al-Qur'an"*, *Bagian II*, Penerbit Biro Mental Spiritual DKI Jakarta, 1994, hal. 151 - 173 pada Bab. "Wawasan Al-Qur'an tentang Hukum".

akan dieksekusi lahir hukum baru yang ditinjau dari segi pidananya lebih menguntungkan baginya, maka dalam hal ini terdakwa tersebut tidak perlu diadili ulang melainkan langsung penerapan sanksi pidananya disesuaikan dengan hukum baru yang lebih menguntungkan tersebut, (3) terdakwa sudah diputus perkaranya tetapi belum dieksekusi, kemudian muncul hukum baru yang isinya membatalkan perbuatan terdakwa sebagai jarimah alias tidak merupakan perbuatan terlarang, maka dalam hal ini terdakwa harus segera dibebaskan secara langsung, (4) terdakwa belum diadili, kemudian lahir hukum baru tetapi ditinjau dari segi ancaman pidananya ketentuan dalam hukum baru tersebut lebih memberatkan bagi terdakwa, maka dalam hal ini proses peradilan terdakwa harus menggunakan dasar hukum yang lama karena sanksi pidananya lebih ringan baginya.²³⁾

Berdasarkan uraian-uraian mengenai asas *Atsar Qoth'i* atau asas *Atsar Raj'i* di atas dapat ditegaskan bahwa hukum Islam pada prinsipnya memang tidak ingin memberatkan bagi ummat pemeluknya sebagaimana hal ini ditegaskan sendiri oleh Allah melalui firmanNya dalam sebuah ayat Al-Qur'an yaitu Q.S. Al-Baqarah: 186 yang berbunyi : *"Yuriidhullahu bikum al-yusra wa laa yuriidu bikum al-'usra"*. Artinya, Allah menghendaki kamu sekalian suatu kemudahan (dalam menjalankan agama) dan tidak menghendaki kamu sekalian pada suatu kesulitan.²⁴⁾

A.1.3. Kualifikasi Tindak Pidana Menurut Islam

Masalah kualifikasi tindak pidana (jarimah) menurut hukum pidana Islam, sesungguhnya dapat dipahami dari pengertian tentang tindak pidana (jarimah) itu

²³⁾ Empat kondisi yang mungkin terjadi dalam praktek peradilan di mana hukum baru sepanjang lebih menguntungkan terdakwa, dapat diberlakukan secara surut tersebut dapat dilihat penjabarannya dalam Abdul Qodir 'Audah, op cit, hal. 272 - 273.

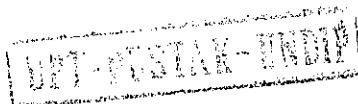
²⁴⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi tahun 1993/1994 hal. 45.

sendiri. Sebagaimana telah disebutkan dalam Bab III sub A dimuka, bahwa jarimah itu adalah perbuatan-perbuatan yang terlarang menurut syara' yang pelakunya diancam oleh Allah dengan pidana hadd atau ta'ziir (*mahdhurotun syar'iiyyatun zajara Allahu 'anha bi haddin au ta'ziirin*).²⁵⁾

Berdasarkan definisi di atas maka dapat dinyatakan bahwa sesungguhnya kualifikasi tindak pidana menurut Islam secara garis besar dibedakan menjadi : (a) tindak pidana yang disebut hudud (bentuk plural/jama' dari kata hadd ialah hudud), dan (b) tindak pidana yang disebut ta'ziir. Kualifikasi ke dalam dua jenis tindak pidana tersebut adalah didasarkan atas adanya dua konsep pokok tentang pidana sebagai sanksi hukum yang diancamkan terhadap perbuatan-perbuatan yang dinyatakan secara hukum sebagai hal terlarang. Dengan demikian dapat disimpulkan pula bahwa tindak pidana hudud adalah tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana hudud. Sedangkan tindak pidana ta'ziir adalah tindak pidana yang diancam dengan sanksi pidana ta'ziir.

Adapun pidana hudud adalah pidana yang telah ditentukan secara jelas dan tegas di dalam nash/hukum (baik berupa Al-Quran maupun As-Sunnah) mengenai jenis/bentuknya, bobot/berat ringannya maupun cara eksekusi/pelaksanaannya. Sedangkan pidana ta'ziir ialah pidana yang tidak ditentukan secara jelas dan tegas di dalam nash/hukum (Al-Qur'an maupun Al-Hadits). Oleh karena itu maka penetapan kebijakan mengenai jenis-jenis/bentuk-bentuk pidana ta'ziir, bobot/berat ringannya dan cara eksekusinya sepenuhnya merupakan "wilayah" kewenangan manusia yang

²⁵⁾ Lihat kembali definisi jarimah di atas sebagaimana dikemukakan oleh Al-Mawardi dalam *Al-Ahkaam Al-Sulthaniyyah*, Babi al-halabi Mesir, 1973, hal 219. Lihat juga Abdul Qodir Audah, *Op cit*, hal 66 - 67.



dalam hal ini diserahkan melalui keputusan penguasa berbentuk peraturan perundang-undangan, dengan syarat penetapan undang-undang tersebut harus sesuai dengan kepentingan masyarakat dan tidak boleh berlawanan dengan nash-nash syara' serta prinsip-prinsipnya yang bersifat umum.²⁶⁾

Khusus dalam konteks pidana hudud yang terkesan rigid dan limitatif seperti tercermin dalam definisi di atas, adalah karena pidana hudud itu sepenuhnya memang menjadi hak Tuhan atau Rasulullah SAW sebagai utusanNya, sehingga oleh karenanya maka jenis pidana ini tidak mempunyai batasan terendah ataupun batasan tertinggi. Pengertian hak Tuhan atau Rasul dalam hal ini ialah bahwa ketentuan pidana hudud tersebut tidak bisa dihapuskan ataupun sekedar dirubah baik oleh perseorangan (yang menjadi korban jarimah) maupun oleh masyarakat yang implementasinya diwakili oleh negara melalui institusi peradilan.

Esensi pidana yang merupakan hak Tuhan atau Rasul ini orientasinya adalah untuk memelihara ketertiban, ketentraman dan keamanan masyarakat sehingga manfaat pembedanaannya akan dapat dirasakan oleh keseluruhan masyarakat (publik).

Berdasarkan konfigurasi pemikiran di atas dan mengingat sifat rigid serta limitatifnya konsep pidana hudud tersebut, maka dapat dipahami apabila ruang lingkup perbuatan yang menurut hukum pidana Islam (berdasarkan nash) merupakan jarimah hudud di mana pelakunya dapat dikenai sanksi pidana hudud adalah sangat terbatas. Adapun beberapa macam perbuatan yang merupakan jarimah hudud itu ialah (1) zina; (2) qodzaf (menuduh orang lain telah berbuat zina tanpa

²⁶⁾ Ahmad Hanafi, *op cit*, hal. 7 - 9.

disertai bukti); (3) sirqoh (pencurian); (4) syurbah (minum minuman keras); (6) riddah (keluar dari agama Islam) dan (7) albaqhyu (pemberontakan).²⁷⁾

Adapun konsep ta'ziir dalam Islam seperti tercermin dalam definisi yang telah dipaparkan di muka, pada dasarnya mencakup segala macam perbuatan mafsadaat/madlarat yang tidak disebutkan oleh Al Qur'an atau As-Sunnah. Jadi dalam hal ini wujud atau bentuk kongkrit dari tindak pidana ta'ziir dapat berupa "seribu satu" macam perbuatan manusia yang akan terus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat manusia, sepanjang dalam perbuatan tersebut mengandung unsur mafsadaat/madlاراat baik terhadap diri pelaku jarimah maupun terlebih lagi terhadap orang lain (termasuk masyarakat) dan secara kategoris tidak termasuk kelompok perbuatan yang merupakan jarimah hudud.²⁸⁾

Dalam definisi tentang jarimah yang menjadi dasar pengkualifikasian tindak pidana menurut hukum Islam di atas, tampak bahwa perbuatan qishosh baik yang berupa pembunuhan maupun penganiayaan, tidak merupakan kualifikasi tindak pidana yang berdiri sendiri. Hal ini karena sanksi pidana qishosh maupun diyat (sebagai pengganti pidana qishosh) yang diancamkan terhadap tindak pidana qishosh, telah ditentukan batasan-batasannya dalam nash Al-Qur'an maupun Al-Hadits. Dengan demikian dapat dikatakan pula bahwa tindak pidana qishos

²⁷⁾ Dari ketujuh macam perbuatan yang merupakan jarimah hudud di atas, hanya empat saja yang merupakan ittifa'at fuqoha' (disepakati oleh seluruh ahli hukum pidana Islam sebagai jarimah hudud). Yaitu zina, qodza', sirqoh dan khirobah. Sedangkan tiga lainnya yaitu syurbah, riddah dan al-baqhyu masih bersifat khilaafiah (ada pandangan berbeda-beda di antara para fuqoha). Pendalaman mengenai kategorisasi perbuatan-perbuatan tertentu sebagai jarimah hudud ini dapat dilihat dalam : Muhammad Amin Suma, *Hukum Pidana Islam: Visi, Misi dan Filosofinya dalam perspektif Qur'an dan Sunnah*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam: Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syahid, Jakarta, tanggal 23 - 24 Juni 1999.

²⁸⁾ Marsum, *Jarimah Ta'ziir (Perbuatan Dosa menurut Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1992, hal. 1.

sesungguhnya termasuk dalam kualifikasi sebagai tindak pidana hudud, karena sanksi pidananya telah dihadd (ditentukan) secara jelas dan tegas dalam nash/hukum Al-qur'an maupun al-hadits.²⁹⁾

Namun demikian, karena konsep qishash dalam hukum Islam ini terdapat suatu “keunikan” tertentu, maka sebagian ulama ada yang tetap mengkualifikasikannya sebagai jenis tindak pidana tersendiri di luar tindak pidana hudud dan ta'ziir.³⁰⁾ Adapun yang dimaksud dengan “keunikan” tertentu di atas ialah bahwa dalam qishash, penegakan hukumnya (dalam hal ini sanksi pidananya) sangat tergantung kepada sikap akhir yang ditunjukkan oleh korban tindak pidana qishash (dalam hal tindak pidana qishash berupa penganiayaan) atau oleh keluarga korban (dalam hal tindak pidana qishash berupa pembunuhan). Maksudnya, apakah sikap akhir korban atau keluarga korban tersebut menghendaki/menuntut pidana qishash kepada pelaku tindak pidana ataukah memilih sikap memaafkannya baik disertai dengan tuntutan diyat (ganti rugi) maupun memaafkannya secara mutlak (tanpa tuntutan diyat). Implikasi yuridis dari sikap akhir korban atau keluarga korban tersebut akan sangat menentukan vonnis yang nantinya harus dijatuhkan oleh hakim melalui institusi pengadilan. Jadi dalam hal ini korban atau keluarga korban memiliki hak penuh untuk memutuskan apakah menuntut pidana qishash, atau diyat atau memaafkan secara mutlak kepada pelaku jarimah (tindak pidana) qishash. Konsekuensinya, sikap hakim dalam vonisnya pun harus mengikuti pilihan sebagai

²⁹⁾ Azhar Basyir, op cit, hal 4.

³⁰⁾ Lihat misalnya pengkualifikasian jarimah (tindak pidana) yang dilakukan oleh Fathi Bahansi dalam bukunya *As-Siyaasatu Al-Jinaiyyati fi As-Syari'ati Al-Islamiyyati*, Maktabah Daar Al-Ghurubiyah, Kairo, 1965, hal. 183-212. Lihat juga Al-Imam Muhammad Abu Zahrah dalam bukunya *Al-Jarimah*, Daar Al-Fikr Al-Arbi, Kairo, 1976, hal 61-121.

sikap akhir yang diputuskan oleh korban atau keluarga korban tersebut.³¹⁾ Adapun dimilikinya hak secara penuh oleh korban atau keluarga korban di atas adalah berdasarkan ajaran Q.S. Al-Baqarah ayat 178 yang berbunyi: *"fa man 'ufiya lahuu min akhihi syaiun fathiba'un bi al-ma'ruufi wa adaaun ilaihi bi ihsaan"*. Artinya, maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah yang memaafkan itu mengikuti (melakukannya) dengan cara yang baik, dan hendaklah yang diberi maaf membayar diyat kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik pula.³²⁾

"Keunikan" atau kekhususan tentang konsep tindak pidana qishash sebagaimana telah diuraikan di atas, tidak terdapat dalam kualifikasi tindak pidana berupa hudud maupun ta'ziir. Jadi dalam kedua kualifikasi tindak pidana tersebut, korban tidak memiliki hak khusus untuk memilih sikap antara menuntut pidana atau memaafkan pelaku tindak pidana, kecuali dalam kondisi-kondisi tertentu yang merupakan suatu perkecualian sebagaimana akan diuraikan nanti dalam sus bab tentang sistem pemidanaan. Dengan kata lain, pada prinsipnya penentuan pemidanaan dalam kedua kualifikasi tindak pidana tersebut (hudud dan ta'ziir) sepenuhnya adalah merupakan wewenang hakim.

Berdasarkan hal-hal di atas, maka dapat dipahami apabila pandangan umum sebagian besar ahli hukum Islam/jumhur fuqoha' (sebagaimana pendapat-pendapatnya dapat "dilacak" dalam berbagai karya "kitab kuning")

³¹⁾ Lihat keterangan mengenai konsep qishash di atas dalam Saamih As-Sayyid Jaad, *Al-Afwu an Al-'Uquubati fi Al-fiqhi Al-Islami wa Al-Qonun: Al-wadli*, Daar al-Ilmi, Jedah, 1983, hal 21-50. Lihat juga misalnya Ahmad Hanafi, *Op.Cit*, hal 279-293, Marsum dalam *Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1988, hal. 126-128, dan beberapa buku yang lain.

mengkualifikasikan macam-macam tindak pidana menurut Islam ke dalam 3 (tiga) kualifikasi, yaitu tindak pidana hudud, tindak pidana qishash dan tindak pidana ta'ziir.

Dalam rangka memberikan gambaran yang diharapkan lebih dapat menjelaskan ketiga konsep kualifikasi tindak pidana di atas, maka di bawah ini secara berurutan akan dipaparkan sebagai berikut.

1. Tindak Pidana Hudud

Jarimah atau tindak pidana hudud merupakan salah satu bentuk tindak pidana dalam hukum Islam yang konsep-konsep dasarnya sudah ditegaskan sedemikian rupa dalam nash hukum (baik Qur'an maupun Hadits), sehingga tidak memberikan peluang interpretasi dalam praktek penerapan hukum sebagai cermin dari kebebasan hakim.

Dalam bahasa asalnya (Arab), kata "hudud" merupakan bentuk jama' (plural) dari kata "hadd" yang artinya "al-man'u" (mencegah). Sehingga kalau diartikan secara etimologis (bahasa), hadd ialah mencegah atau melarang orang yang melampaui (melanggar) batas-batas atau hukum-hukum Allah.³² Adapun pengertian jarimah hudud secara terminologis (arti per definisi) ialah jarimah (tindak pidana) yang pelakunya diancam dengan sanksi pidana hudud. Sedangkan sanksi pidana hudud adalah sanksi hukum yang telah ditentukan secara jelas dan tegas didalam

³²⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi Tahun 1993/1994, hal 43.

³³⁾ Al-Imam Muhammad Abu Zahrah, *Al-Jarimah*, Daar Al-Fikr Al-'Arabie, Kairo, 1976, hal. 54.

nash hukum (Al-Qur'an maupun Al-Hadits) baik penentuan pidana itu berkaitan dengan jenisnya, berat ringannya (bobotnya) maupun cara melaksanakannya.³⁴⁾

Dalam literatur fiqih, para ulama masih berselisih pendapat dalam menentukan perbuatan-perbuatan berupa apa sajakah yang dapat digolongkan sebagai tindak pidana hudud berdasarkan kriteria disebutkan ketentuan mengenai perbuatan tersebut beserta sanksi pidananya secara jelas dan tegas dalam nash Al-Qur'an maupun Al-Hadits. Namun demikian, secara ittifaq (kesepakatan pendapat seluruh fuqoha') setidaknya ada empat macam perbuatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana hudud, yaitu (1) zina, (2) qodzaf (menuduh zina tanpa bukti), (3) sirqoh (pencurian), (4) khirobah (perampokan) dan (5) syurbah (meminum minuman yang memabukkan). Sedang secara ikhtilaf atau masih dalam perselisihan pendapat fuqoha', yang termasuk sebagai jarimah hudud ialah selain lima macam perbuatan di atas masih terdapat dua macam perbuatan lagi yaitu riddah (keluar dari agama Islam) dan bughoh (pemberontakan). Sementara itu, ada juga yang berpendapat bahwa dari ketujuh macam perbuatan tersebut, yang sesungguhnya merupakan tindak pidana hudud hanyalah empat macam saja, yakni zina, qodzaf, sirqoh dan khirobah. Sedangkan tiga yang lainnya masih ikhtilaf.³⁵⁾ Berikut ini masing-masing dari ketujuh perbuatan hudud tersebut akan diuraikan sedikit lebih mendalam beserta falsafah dan hikmah pengaturan hukum yang terkandung di dalamnya.

³⁴⁾ Muhammad Na'iem Farhat, *At-Tasyri'u Al-Jina'ie Al-Islamie*, Daar Al-Ishfahanie, Jeddah, 1972, hal. 17.

³⁵⁾ Muhammad Amin Summa, *Op cit.*

a. Zina

Dalam pandangan Islam, terdapat beberapa illat (alasan) yang menyebabkan perbuatan zina dianggap sebagai perbuatan yang sangat tercela serta membahayakan khususnya terhadap eksistensi moralitas masyarakat hingga ancaman pidananya demikian berat yakni dari cambuk sampai dengan rajam hingga matinya terpidana. Illat atau alasan-alasan dilarangnya perbuatan zina tersebut adalah : (1) karena zina dipandang sebagai perbuatan yang dapat mencegah tercapainya salah satu dari tujuan disyari'atkannya hukum Islam yakni terpeliharanya kekusian keturunan manusia. Islam menganggap apabila perbuatan zina tidak dilarang maka akan banyak terjadi kehamilan di luar nikah yang pada gilirannya kondisi sosial seperti ini akan merusak moralitas dan kesucian keturunan manusia secara luas. Oleh karena itu hal tersebut harus dicegah yang diantaranya melalui pengaturan hukum tentang larangan zina ini. (2) Karena zina dalam pandangan Islam dianggap sebagai salah satu dari 3 (tiga) dosa besar yakni setelah perbuatan syirik dan pembunuhan. Selanjutnya alasan yang ke (3) adalah karena dalam pandangan Islam perbuatan zina dianggap sebagai potensi yang membuka peluang bagi terjadinya jarimah (tindak pidana) dan berbagai dampak negatif lainnya seperti pembunuhan, pencurian, kehancuran keluarga, penyakit aids dan lain sebagainya.³⁶⁾

Berdasarkan beberapa illat (alasan) dilarangnya zina itulah maka dapat kita pahami apabila untuk mencegahnya, dalam beberapa ketentuan hukum (nash) mengenai zina dicantumkan ancaman pidana yang demikian tinggi (berat). Ketentuan

³⁶⁾ Abdur Rahman I Dho'I, *Tindak Pidana dalam Syari'at Islam*, (Terjemahan) Rineka Cipta, Jakarta, 1992, hal. 31-33.

nash (hukum) yang merupakan sumber pengaturan masalah tindak pidana zina antara lain terdapat dalam:

- a) Al-Qur'an surat An-Nuur: 2 dan surat An-Nisaa': 15, dimana esensi kedua ayat tersebut adalah mengatur mengenai zina yang para pelakunya berstatus "ghoiru muhson" atau belum bersuami istri. Dalam An-Nur: 2, Allah mengancam pidana bagi pelaku zina ghoiru muhson baik laki-laki maupun perempuan berupa cambuk sebanyak 100 (seratus) kali. Sebelum ketentuan hukum mengenai cambuk sebagai sanksi pidana ini ditetapkan (yakni melalui An-Nuur: 2), Q.S. An-Nisaa': 15 telah menentukan sanksi hukum bagi pelaku zina dengan kategori di atas yakni berupa dikurung di rumah (baca: penjara) seumur hidup (*fa amsikuuhunna fi al-buyuuti hatta yatawaffahunna al-mautu*). Sebenarnya, dua ketentuan mengenai sanksi pidana dalam kedua ayat di atas tidaklah saling bertentangan. Oleh karenanya maka membacanya atau memahaminya harus dikaitkan dengan konteks sosiologis dalam arti dikaitkan dengan masalah efektivikasi hukum. Maksudnya, manakah diantara kedua sanksi hukum tersebut yang harus diterapkan, haruslah dilihat lebih dulu manakah yang secara sosiologis memenuhi efektivitas keberlakuan hukum. Apabila situasi sosial tertentu menganggap dan menerima sanksi pidana cambuk 100 kali yang lebih efektif untuk pencegahan zina, maka ketentuan Q.S. An-Nur: 2 -lah yang harus diterapkan. Sebaliknya, apabila pada suatu saat situasi sosial tertentu justru menganggap dan menerima sanksi hukum berupa penjara seumur hidup yang dinilai akan lebih efektif untuk mencegah serta menanggulangi terjadinya jarimah zina, maka ketentuan hukum dalam Q.S. An-Nisaa': 15-lah

yang harus diterapkan.³⁷⁾ Selain kedua ayat Al-Qur'an di atas, ketentuan hukum berikut ancaman pidananya bagi pezina ghoiru muhson ini juga diatur dalam sebuah hadits nabi yang menyatakan : "*Al-bikru bi al-bikri jalduu mi'atin wa taghribuu 'aamin*".³⁸⁾ Artinya pezina laki-laki dan pezina perempuan yang keduanya masih bujangan hukuman hadd-nya ialah cambuk seratus kali dan pidana pengasingan selama satu tahun (sebagai hukuman tambahan).

- b) As-Sunnah atau hadits nabi riwayat Abu Hurairah dan riwayat Sulaiman Buraidah yang intinya menceritakan kasus perzinahan yang dilakukan oleh dua orang sahabat bernama Aslamah dan Ma'iz dimana keduanya telah berstatus sebagai mushon (berkeluarga atau sudah dalam ikatan suami istri).³⁹⁾ Menurut kedua hadits tersebut, sanksi pidana bagi pelaku zina muhson adalah dirajam (ditanam separuh badan kemudian dilempari batu) hingga mati. Tampaknya apabila dibandingkan dengan sanksi hukum pelaku zina ghoiru muhson, pidana bagi pezina muhson ini memang lebih berat. Secara logika ketentuan demikian adalah wajar. Karena bagi pezina muhson, tidaklah seharusnya zina itu dilakukan. Sebab sesungguhnya ia telah memiliki jalan atau cara yang sah dan benar untuk melakukan hubungan seksual yakni dengan pasangan suami atau istrinya sendiri. Sehingga oleh karenanya perbuatan serong (zina)-nya dinilai sebagai kesengajaan pelanggaran hukum yang sangat serius. Karena serong atau selingkuh yang telah dilakukan salah satu dari pasangan suami istri tersebut selain merupakan perbuatan

³⁷⁾ Jimly As-Shiddiqie, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995, hal. 98-101.

³⁸⁾ Hadits Riwayat Muslim dari Sahabat 'Ubadah bin Shomit.

³⁹⁾ Hadits Riwayat Bukhori – Muslim dari sahabat Abu Hurairah dan Sulaiman ibnu Buraidah. Lihat juga Hadits Riwayat Imam Abu Dawud dari sahabat Abdullah ibnu 'Abbas tentang

pelanggaran terhadap hukum Allah sekali gus pada saat yang sama juga merupakan perbuatan penghinaan terhadap pasangan sahnya. Oleh sebab itu, sebagai konsekwensinya, adalah sangat wajar apabila hukumannya lebih diperberat dibanding dengan hukuman bagi pezina ghoiru mukhsan.

Dalam pengertian fiqh, yang dimaksud dengan tindak pidana zina adalah perbuatan melakukan hubungan seksual secara haram (di luar ikatan perkawinan yang sah) yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan yang telah mukallaf dan tidak ada syubhat di dalamnya. Hubungan seksual yang dimaksud dalam definisi di atas haruslah dalam arti yang sebenarnya yakni masuknya alat kelamin laki-laki (dzakar) ke dalam alat kelamin perempuan (faraj).⁴⁰⁾ Sebagai ibarat, kondisi kontak seksual seperti di atas pernah digambarkan oleh nabi dengan perumpamaan seperti masuknya timba ke dalam sumur atau masuknya celak mata ke tempatnya.⁴¹⁾ Sehingga konsekwensinya apabila seorang laki-laki baru mencium atau meraba-raba tubuh wanita pasangan zinanya, hal demikian ini bukanlah termasuk kategori jarimah zina. Kemudian, istilah “tidak ada syubhat” artinya ialah harus tidak ada keraguan sedikitpun mengenai peristiwa zina yang terjadi baik keraguan itu bersumber dari salah sangka pelakunya (misalnya dalam keadaan gelap pelaku zina menduga bahwa yang sedang diajak berhubungan adalah istrinya sendiri), atau dapat pula keraguan tersebut bersumber dari ketentuan hukum mengenai perbuatan yang

salah satu isi khotbah Umar ibnu Khotthab yang mengingatkan umat Islam mengenai sunnah rasul berupa hukum rajam bagi pezina mukhsan apabila telah ada bukti yang jelas atau telah ada pengakuan.

⁴⁰⁾ Mengenai definisi zina secara fiqh ini antara lain dapat dilihat dalam Ibnu Rusyd, *Bidayatu al-Mujtahid*, Daar Al-Fikr Beirut, tanpa tahun, jilid II, hal 324. Lihat juga Taqiyyu al-Dien al-Husainy, *Kifaayatu al-Akhyari*, Syirkatu al-Ma'arif, Bandung, tanpa tahun, jilid II, hal 178.

⁴¹⁾ Lihat kembali Hadits Riwayat Buchori – Muslim dari Sahabat Abu Hurairah tentang hukum pezina mukhsan sebagaimana disebutkan dalam *foot note* no. 39 di atas.

disebut zina itu apakah memang benar bisa disebut demikian atautkah sesungguhnya masih ada keraguan mengenai status hukum itu. Seperti perdebatan pendapat di antara para fuqoha' (ahli fiqih) mengenai kasus hubungan seksual yang dilakukan oleh pasangan suami istri yang perkawinannya dilakukan secara muth'ah yaitu perkawinan yang dilakukan dengan kesepakatan hanya untuk sementara waktu tertentu. Dalam hal demikian, ada ulama (c.q Sunni) menganggap hubungan seksual oleh suami istri hasil perkawinan muth'ah adalah zina karena nikah secara muth'ah adalah tidak sah. Sebaliknya ada ulama lain (c.q Syi'i) yang berpendapat bahwa karena nikah muth'ah adalah sah maka hubungan seksual antara suami istri karena nikah muth'ah tersebut juga sah adanya (tidak merupakan zina). Keraguan-keraguan seperti digambarkan di atas harus tidak ada sama sekali apabila akan memastikan telah terjadi zina dimana pelakunya dapat dipidana hadd cambuk atau rajam.⁴²⁾

Dalam proses peradilan di persidangan, tuduhan terhadap seorang yang telah dianggap melakukan zina harus dibuktikan melalui beberapa alat bukti tertentu agar pelaku zinanya dapat dijatuhi sanksi pidana sebagaimana ketentuan dalam nash Qur'an maupun hadits. Alat-alat bukti tertentu yang dimaksud ialah sebagai berikut:

a) alat bukti "syahadah" atau saksi. Dalam islam, konsep saksi sebagai alat bukti untuk kasus jarimah zina ini memerlukan lagi syarat-syarat atau kriteria yang cukup ketat. Yaitu (1) bahwa saksi harus berjumlah 4 (empat) orang laki-laki semua atau apabila perempuan, maka konsepnya dua orang saksi perempuan nilainya dianggap sama dengan satu orang saksi laki-laki. Keempat orang saksi

⁴²⁾ Hasil wawancara antara peneliti dengan Drs. Syamsul Anwar, M.A. selaku responden ahli hukum islam pada tanggal 20 Juni 1998.

tersebut semuanya harus memiliki sifat atau ciri-ciri yakni islam, baligh, sehat aqal, terpercaya menurut lingkungan sosial masyarakat sekitarnya dan sholeh (dikenal berperilaku baik). (2) Kesaksian keempat orang tersebut harus diberikan dalam satu majlis (tempat) persidangan di pengadilan. (3) Kesaksian keempat orang tersebut harus berisi sama mengenai kasus perzinaan yang dilakukan terdakwa. Dan (4) ditinjau dari segi waktu, pemberian kesaksian harus tidak boleh terjadi dalam tenggang waktu yang terlalu lama dengan peristiwa terjadinya perzinaan itu sendiri.⁴³⁾

Ada beberapa filosofi sekaligus hikmah yang melatarbelakangi ketentuan mengenai syarat-syarat saksi yang terlihat sangat ketat sehingga seolah hampir tidak mungkin terpenuhi dalam praktek peradilannya. Filosofi atau hikmah tersebut antara lain misalnya terlihat dari ketentuan saksi yang harus berjumlah empat orang. Ketentuan ini di satu sisi mengandung maksud untuk membukakan “penglihatan” masyarakat luas betapa rusak moral pelaku zina karena melakukan perzinaan di hadapan umum (yakni empat orang) sehingga hampir tiada beda dengan binatang yang tidak berakal dan bermoral. Oleh karena itu wajar apabila pelaku zina yang perilakunya seperti binatang tersebut disediakan hukuman cambuk sebagaimana layaknya seekor binatang. Kemudian di sisi lain, syarat harus empat orang saksi yang seolah tidak mungkin dapat terpenuhi ini mengandung hikmah agar orang tidak gampang melakukan tuduhan bahwa seseorang telah melakukan zina. Dalam pandangan islam, menuduh zina

⁴³⁾ Marsum, *Op.Cit*, hal. 89 dan keterangan dari hasil wawancara peneliti dengan nara sumber ahli hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A. pada tanggal 20 Juni 1998. Periksa juga ketentuan hukum dalam Q.S An-Nisa ayat 15.

seseorang yang tidak disertai dengan pembuktian dianggap sebagai jarimah qodzaf yang diancam pidana cambuk sebanyak 80 (delapan puluh) kali dengan kemungkinan akibat terburuk berupa kematian terpidana. Sehingga dengan demikian, ketetapan syarat harus empat orang saksi ini sebenarnya dalam pandangan yang lebih jauh adalah justru untuk menyelamatkan kemungkinan hilangnya nyawa seseorang (memelihara kehidupan sebagai salah satu tujuan disyari'atkannya hukum Islam). Selanjutnya mengenai ketentuan bahwa kesaksian harus diberikan dalam tenggang waktu yang tidak terlalu lama dari kasus terjadinya perzinaan itu sendiri, secara filosofis terkandung maksud tujuan agar orang tidak gampang melakukan fitnah dengan cara merekayasa seolah telah terjadi zina yang dilakukan terdakwa di masa lalu. Hal ini biasa dilakukan orang (sebagaimana dapat kita saksikan kejadiannya akhir-akhir ini di dunia politik) bahwa dalam rangka untuk menjatuhkan lawan politiknya, seorang politikus sering dengan mudah melakukan tuduhan bahwa lawan politiknya tersebut telah melakukan perbuatan zina (skandal seksual) hingga tidak pantas untuk menjadi pemimpin. Kemudian mengenai ketentuan bahwa kesaksian harus berisi sama, artinya keempat saksi itu harus melihat dengan mata kepala sendiri terhadap perbuatan zina yang dilakukan terdakwa, filosofinya ialah untuk memperkuat nilai kesaksian sehingga pembuktian terhadap tuduhan zina dapat meyakinkan. Artinya apabila disyaratkan bahwa keempat saksi semuanya harus melihat dengan mata kepala sendiri ini benar-benar ditegakkan, maka tidak mungkin terjadi kebohongan dalam kesaksian yang diberikan. Bohong secara bersamaan (oleh empat orang) tersebut seandainya terjadi adalah kecil sekali kemungkinannya.

Dan seandainya bohong secara bersama-sama oleh empat saksi tersebut benar-benar terjadi dalam kenyataan, maka ketentuan mengenai jarimah qodzaf dapat segera ditegakkan terhadap keempat saksi tersebut secara keras (dalam arti dijatuhkan pula pidana pemberatannya yang berupa pidana pencabutan hak sebagai saksi di pengadilan). Dalam konteks saksi sebagai alat bukti jarimah zina ini, patut digaris bawahi peringatan nabi melalui sabdanya : "*Laa tuqbalu syahadatu khosmin wa laa dhoniinin wa laa dzi hannatin.*"⁴⁴⁾ Artinya, ditolak kesaksian seseorang yang antara dirinya dengan terdakwa ada hubungan permusuhan, atau hubungan yang patut dicurigai atau ada hubungan kasih sayang. Jadi sekalipun syarat-syarat sebagai saksi sebagaimana telah disebutkan diatas telah terpenuhi, namun apabila keberadaan diri saksi tersebut ditinjau dari segi hubungannya dengan terdakwa yang akan diberi kesaksian olehnya ada hubungan-hubungan seperti disebutkan dalam hadits di atas maka ia tertolak haknya sebagai saksi untuk kasus terdakwa tersebut. Logika dari hadits di atas ialah apabila antara saksi dengan terdakwa ada hubungan permusuhan dan ia tetap boleh menjadi saksi, maka dikhawatirkan isi kesaksiannya di persidangan nanti cenderung bersifat "a charge" (memberatkan atau menyudutkan terdakwa) alias tidak obyektif. Begitu pula apabila antara saksi dengan terdakwa ada hubungan yang patut dicurigai (seperti hubungan buruh - majikan misalnya) atau ada hubungan kasih sayang (seperti masih merupakan famili), dan ia tetap diperbolehkan menjadi saksi, maka dikhawatirkan isi kesaksiannya di persidangan nanti akan cenderung bersifat "a de charge" (meringankan terdakwa)

⁴⁴⁾ Hadits Riwayat Imam Abu Dawud dari sahabat Ibnu Umar.

alias tidak obyektif. Oleh karena itu warning nabi melalui sabdanya di atas juga harus menjadi perhatian hukum untuk menilai sah tidaknya saksi sebagai alat bukti.

- b) Alat bukti “iqrar” atau pengakuan terdakwa. Dalam islam, konsep pembuktian melalui iqrar ini juga harus memenuhi kriteria atau syarat-syarat tertentu agar iqrar tersebut menjadi sah sebagai alat bukti. Yaitu (1) pengakuan tersebut harus diucapkan terdakwa sebanyak empat kali. Hal ini dimaksudkan dalam rangka meyakinkan bahwa pengakuan tersebut benar-benar sebagai cermin dari kesadaran dirinya untuk membersihkan kotoran dosa yang terlanjur dilakukannya. Selain itu maksud filosofisnya ialah agar di dalam terdakwa melakukan pengakuan benar-benar bisa meyakinkan hakim pemeriksa bahwa hal itu adalah fakta hukum murni (bukan hasil dari suatu rekayasa oleh kekuatan-kekuatan tertentu sehingga menjadikan terdakwa terpaksa mengakui perbuatan zina yang sesungguhnya tidak dilakukannya) sebagaimana yang gejalanya akhir-akhir ini banyak terjadi. (2) pengakuan tersebut harus bersifat jelas baik mengenai waktu terjadinya perzinahan, tempatnya maupun cara terdakwa melakukan zina.⁴⁵⁾ Hal ini dimaksudkan sebagai cara untuk lebih memperkuat nilai iqrar ini sebagai alat bukti bahwa benar-benar terdakwa memang melakukan zina (bukan sekedar yang lainnya yang secara hukum fiqih masih dalam kategori belum dianggap zina seperti meraba kulit seorang perempuan misalnya). Harus diakui bahwa alat bukti zina berupa iqrar ini dalam konteks kehidupan dewasa ini, dimana secara

⁴⁵⁾ Hadits Riwayat Buchori – Muslim dari sahabat Abu Hurairah dan Zaid bin Khalid al-Juhary. (Lihat juga penjelasan tentang hadits di atas dalam Marsum *Op.Cit*, hal. 88.

permissif zina seolah telah dianggap benar atau paling tidak telah dimaklumi sebagai perilaku yang wajar karena banyak orang sudah melakukannya, kiranya alat bukti iqrar ini akan menjadi hal yang utopis atau hanya ada dalam angan-angan saja. Sebab dalam iqrar benar-benar dibutuhkan suatu kekuatan batin dan dasar iman yang demikian kokoh karena pidana yang nanti akan diterimanya semata-mata diyakininya sebagai sarana pembersih dosanya. Hal demikian, tentunya tidak semua muslim memiliki dasar kekuatan iman yang seperti ini. Sebab kecenderungan sifat manusia apabila melakukan kesalahan sedapat mungkin adalah disembunyikan. Bahkan dalam kasus zina untuk kalangan tertentu, dengan tidak diketahuinya perbuatan tersebut terkadang justru menjadi pendorong bagi terulangnya perbuatan tersebut. Oleh karena itu, dalam sejarah penerapan hukum pidana Islam hanya ada dua orang sahabat (Aslamah dan Ma'iz) saja yang pernah tercatat sebagai contoh kasus penerapan bukti iqrar atau pengakuan untuk jarimah (tindak pidana) zina ini.

Sebenarnya selain kedua alat bukti di atas, dalam jarimah zina juga dikenal dua alat bukti yang lain, yaitu alat bukti “qoriinah” dan alat bukti “sumpah li'an”. Alat bukti qoriinah atau petunjuk atau tanda-tanda lahiriah tentang telah terjadinya zina yang ada pada diri terdakwa, seperti kehamilan misalnya, tidaklah merupakan alat bukti yang berdiri sendiri. Artinya ia baru sah menjadi alat bukti manakala kehadirannya ditunjang atau diperkuat oleh hadirnya alat bukti yang lain. Dalam contoh hamilnya seseorang yang dituduh telah berzina di atas, kondisi hamilnya terdakwa tersebut tidak boleh mengukuhkan dia dengan anggapan telah terbukti dengan sendirinya sebagai pelaku zina. Tetapi harus diperkuat oleh alat bukti lain

misalnya terdakwa mengakui bahwa hamilnya memang karena ia telah berbuat zina dengan seseorang. Inilah yang dimaksud qorinah merupakan alat bukti yang tidak mandiri. Selanjutnya mengenai alat bukti lain berupa “sumpah li’an”, sesungguhnya juga bisa menjadi alat bukti untuk jarimah zina tetapi khusus dalam kasus yang berkaitan dengan jarimah qodzaf (tuduhan zina tanpa bukti) yang terjadi antara suami istri. Oleh karenanya, maka penjelasan mengenai alat bukti ini akan diuraikan dalam kajian mengenai jarimah qodzaf berikut ini.

b. Qodzaf

Dasar pemikiran menurut Islam mengenai dilarangnya perbuatan qodzaf ialah (1) untuk mencegah dan meminimalisir terjadinya fitnah (sebab hakekat qodzaf adalah fitnah) yang menurut agama dipandang sangat tercela karena dinilai lebih berat dari pembunuhan (Al-fitnatu asyaddu min atqotl). (2) Untuk menjadi sarana bagi pemeliharaan martabat atau harga diri manusia agar tidak rendah akibat tuduhan atau fitnah zina yang tidak terbukti. Terpeliharanya harga diri atau martabat manusia ini memang merupakan salah satu dari maksud tujuan disyari’atkannya hukum Islam (li hifdzil ‘irsh).⁴⁶⁾

Adapun yang dimaksud dengan tindak pidana qodzaf menurut pengertian fiqh ialah menuduh orang Islam yang dikenal baik dengan dakwaan telah melakukan zina tetapi tidak disertai dengan suatu alat bukti yang dibenarkan menurut hukum.⁴⁷⁾

⁴⁶⁾ Qodzaf disebut sebagai bentuk khusus dari perbuatan fitnah adalah karena esensi qodzaf merupakan penyebaran berita bohong (*issue*) yang substansinya memfitnah nama baik seseorang agar tercemar. Sedangkan perbuatan fitnah adalah sangat terlarang sebagaimana ditegaskan dalam Q.S Al-Baqarah : 191.

⁴⁷⁾ Pengertian atau makna tindak pidana qodzaf menurut terminologi fiqh di atas, antara lain dapat dilihat dalam Abdul Rahman al-Jaziry, *Al-Fiqh ‘Ala Al-Madzaahibi Al-Arba’ah*, Daarul Al-

Alat bukti yang dimaksudkan dalam hal ini ialah syahadah, iqrar, qoriinah dan sumpah li'an.

Secara kategoris, tuduhan zina (qodzaf) ini dapat dibedakan dalam dua kelompok. Yaitu : (1) qodzaf yang dilakukan seseorang terhadap orang lain (tertuduh) dimana keduanya tiada hubungan suami istri. Qodzaf yang demikian ini diatur dalam Q.S. An-Nuur: 4 yang menentukan ancaman pidana bagi pelakunya dengan pidana cambuk sebanyak 80 (delapan puluh) kali serta dapat pula dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak sebagai saksi dalam perkara apapun di pengadilan (ketentuan Q.S. An-Nuur: 5). Khusus mengenai pidana tambahan ini, yaitu pencabutan hak sebagai saksi bagi terpidana, dapat dicabut kembali alias dikembalikan haknya kepada terpidana apabila dalam perkembangannya setelah menjalani pidana cambuk ia mampu menunjukkan perbaikan diri. Hal demikian ini didasarkan atas firman Allah: "... *Illa al-ladziina taabu min ba'di dzaalika faashlihu, inna Allahu ghofuurun rohiem.*"⁴⁸⁾ Artinya, kecuali orang-orang yang beriman yang mau bertobat setelah dipidana cambuk, maka baikilah dia, sebab sesungguhnya Allah maha pengampun dan penyayang. (2) Qodzaf yang dilakukan oleh suami kepada istrinya atau sebaliknya (terjadi di lingkungan rumah tangga suami istri). Qodzaf jenis ini diatur di dalam Q.S. An-Nuur: 6-9. Pada prinsipnya, qodzaf yang terjadi di lingkungan suami istri ini sanksi pidananya tetap merujuk pada ketentuan dalam Q.S. An-Nuur: 4-5 yakni pidana cambuk delapan puluh kali dan pidana tambahan berupa pencabutan hak sebagai saksi.

Kutub Al-Islamiyah, Beirut, Jilid V, 1990, hal 212. Lihat juga As-Shan'any, *Subul Al-salaam*, Daarul Al-Ihya' Al-Turats Al-Araby, Kairo, 1960, Jilid IV, hal. 15.

⁴⁸⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal 544.

Dalam masalah jarimah qodzaf ini terdapat pula beberapa hal yang dapat menyebabkan gugurnya pelaksanaan ketentuan qodzaf. Dalam artian terdakwa akan bebas dari ancaman pidana cambuk dan pencabutan hak sebagai saksi. Hal-hal tersebut adalah:⁴⁹⁾

- 1) Apabila ternyata maqzaf (tertuduh) zina benar-benar terbukti melakukan zina sebagaimana yang dituduhkan oleh qodzif (penuduh) berdasarkan bukti-bukti yang dibenarkan secara hukum.
- 2) Apabila sekalipun tuduhan tidak dapat dibuktikan, akan tetapi maqdzuf (tertuduh zina) memaafkan qodzif (penuduh) sebelum perkaranya masuk ke proses persidangan di pengadilan.
- 3) Khusus dalam lingkungan suami istri, apabila suami yang melakukan qodzaf terhadap istrinya atau sebaliknya, dan suami atau istri yang menuduh tersebut tidak dapat membuktikan tuduhannya, maka sebagai ganti dari keharusan ia membuktikan tuduhannya tersebut, si suami atau si istri yang menuduh tanpa bukti tadi harus berani melakukan sumpah li'an. Yaitu bersumpah sebanyak lima kali dengan cara mengatakan sebanyak empat kali bahwa tuduhannya adalah benar, kemudian sumpah yang kelima ditambah pernyataan bahwa apabila tuduhannya tidak benar ia bersedia dilaknat (diadzab) Tuhan. Apabila suami selaku qodzif misalnya, sudah berani sumpah yang demikian ini maka seketika itu ia akan terbebas dari ancaman pidana yang ada dalam jarimah qodzaf ini. Selain itu konsekuensi hukum lain yang dapat ditimbulkan dari sumpah qodzif tersebut

⁴⁹⁾ A. Djazuli, *Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hal 70. Dilengkapi pula keterangan mengenai hal di atas dari hasil wawancara peneliti dengan nara sumber ahli hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A) tanggal 20 Juni 2000.

ialah menyebabkan secara dengan sendirinya (otomatis) telah dianggap terbuktinya perbuatan zina yang dituduhkan kepada istrinya. Sehingga secara hukum ia (istri yang dituduh suaminya tersebut) dapat dipidana rajam (karena telah berstatus sebagai muhsan). Hal demikian inilah yang dimaksudkan bahwa sumpah li'an sesungguhnya juga merupakan salah satu alat bukti dalam kasus jarimah zina. Namun demikian, sang istri yang dianggap telah terbukti tuduhan zinanya karena sumpah suami di atas, secara hukum pula ia dapat menolak untuk menghindari pidana hadd zina (rajam) apabila ia berani pula bersumpah sebanyak lima kali seperti yang dilakukan suaminya. Yaitu sumpah yang berisi bahwa dirinya benar-benar tidak melakukan zina seperti tuduhan suami (sebanyak empat kali sumpah), dan pada sumpah yang kelima ditambah pernyataan bahwa apabila tuduhan suaminya benar maka ia bersedia dilaknat (diadzab) Tuhan. Saling sumpah antara suami dan istri dalam kasus jarimah qodza yang demikian ini dinamakan sumpah li'an. Dan konsekuensi hukumnya, adalah terputusnya ikatan perkawinan antara mereka berdua. Dasar logika dari pemutusan ikatan perkawinan karena sumpah li'an di atas adalah karena dengan demikian maka artinya antara suami dan istri tidak lagi terdapat saling mempercayai yang merupakan salah satu syarat pembinaan keluarga yang sakinah.

c. Sirqoh

Tindak pidana sirqoh (pencurian) dalam hukum islam sangat ditekankan pelarangannya karena beberapa alasan (illat). Antara lain yaitu karena pencurian dapat mencegah tercapainya salah satu tujuan disyariatkannya hukum islam yakni

terpeliharanya harta kekayaan (hak milik) seseorang. Selain itu, dalam tingkat tertentu apabila pencurian ini telah sedemikian rupa menjadi fenomena sosial yang mewabah, maka jarimah pencurian akan dapat menyebabkan keguncangan ekonomi dan sosial secara luas termasuk pula masalah ketenangan dan keamanan hidup.⁵⁰⁾ Dalam konteks demikian maka wajar apabila pencegahannya diupayakan dengan melalui pengaturan hukum yang cukup keras yakni dengan pengancaman pidana berupa potong tangan terhadap pelaku pencurian. Ketentuan hukum tersebut adalah sebagaimana yang tercantum di dalam Q.S. Al-Maaidah: 38 yang intinya menegaskan bahwa bagi pencuri laki-laki dan perempuan hukuman hadd-nya adalah potong tangan, dimana hukum hadd tersebut bertujuan sebagai pembalasan atas kejahatan pelaku dan sebagai pelajaran dari Allah agar masyarakat luas tidak ikut melakukan jarimah sebagaimana terpidana (*As-saariqu was-saariqotu faqtho'uu aidiyahuma jazaa'an bima kasaban wa nakaalan min Allahi*).⁵¹⁾

Pencurian yang dapat dikenai hukum hadd potong tangan di atas, adalah yang tindakannya secara hukum fiqih memenuhi pengertian sebagai jarimah sirqoh atau pencurian. Yaitu perbuatan seorang mukallaf yang mengambil suatu barang milik orang lain dari tempat penyimpanannya untuk dimiliki atau dikuasai dengan tanpa seijin atau sepengetahuan pemiliknya (secara sembunyi-sembunyi) dan dalam jumlah nishab tertentu.⁵²⁾

⁵⁰⁾ Hasil wawancara penulis dengan nara sumber hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A tanggal 20 Juni 2000.

⁵¹⁾ Al Qur'an an Terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal 165

⁵²⁾ Abdul Qodir 'Audah, *Op.Cit*, Jilid II, hal 518.

Dalam definisi di atas, terdapat satu unsur khusus dari jarimah sirqoh ini yakni diambilnya suatu barang milik orang lain. Dalam hal ini, untuk dapat ditegakkannya pidana hadd potong tangan, nilai barang yang diambil harus memenuhi kuantitas atau jumlah tertentu yaitu yang seharga dengan seperempat dinar.⁵³⁾ Selain itu, ditinjau dari segi tempat barang, ketika diambil harus berada ditempat penyimpanan barang yang secara sosiologis tempat itu memang dapat dinilai sebagai sudah semestinya menjadi tempat penyimpanan barang tersebut. Misalnya tempat yang semestinya dari penyimpanan perhiasan ialah laci almari. Sehingga apabila terjadi suatu kasus pencurian perhiasan dimana ketika saat pencurian dilakukan tersebut, perhiasan berada di meja santai pada halaman/teras rumah korban. Kasus demikian tidak dapat menjadi dasar untuk mempidana pelaku dengan hadd potong tangan. Sekalipun hal ini tidak pula berarti pelaku kemudian dibebaskan begitu saja atas kejahatan pencuriannya. Sebab dalam hal demikian, hakim masih berwenang untuk tetap menjatuhkan pidana ta'ziir kepada pelaku yang jenis serta bobotnya disesuaikan dengan tingkat kesalahan pelaku tersebut. Selanjutnya mengenai unsur dengan tidak sepengetahuan pemiliknya (alias sembunyi-sembunyi), harus dipahami bahwa pengertian sembunyi-sembunyi adalah berbeda dengan pengkhianatan (penggelapan) yang mungkin terjadi diantara dua orang yang melakukan suatu kerja sama ekonomi dalam bentuk suatu usaha tertentu dan berbeda pula pengertiannya dengan perampasan maupun perampokan. Sebab

⁵³⁾ Nishab atau batas minimal tertentu yakni barang obyek pencurian senilai seperempat dinar di atas adalah didasarkan atas Hadits Riwayat Jama'ah (Ittifaagu Al-Muhadditsin) yang berbunyi "*Tuqtho'u al-yadu min rubu'i diinaarin*". Namun demikian, ada pula hadits lain yakni riwayat Baihaqie dari sahabat Ibnu 'Abbas yang menyatakan bahwa nishab barang obyek pencurian dimana pelakunya dapat dipidana hadd potong tangan ialah harus senilai satu dinar atau sama dengan sepuluh dirham (*laa taqtho'u alyadi illa fi diinarin au 'asyri daraahima*).

untuk tindakan perampasan barang milik orang lain seperti pencopetan misalnya, hal ini termasuk kategori sebagai jarimah ta'ziir karena ketentuan mengenai hal tersebut secara eksplisit nash tidak diketemukan aturan hukumnya dalam qur'an/Hadist. Sedang untuk tindakan merampas barang milik orang lain yang disertai dengan tindakan kekerasan (yang dalam pengertian sosiologis sering disebut perampokan), nash Qur'an atau Hadits telah mengkategorikan tindakan tersebut sebagai jarimah khirobah yang juga merupakan salah satu dari macam jarimah hudud. Sehingga oleh karenanya khirobah ini telah memiliki aturan hukum hadd-nya secara tersendiri (berbeda dengan hadd pencurian / sirqoh).

d. Khirobah

Kata Al-Khirobah, oleh para ulama fikih umumnya diartikan sebagai “qoth‘u al-tharieq” yang berarti tindakan memotong (baca: menghambat) orang lalu/lewat di suatu jalan. Dalam bahasa sehari-hari tindakan demikian dinamakan perampokan. Oleh karena itu terminologi khirobah sering dipahami dalam konteks adanya tindakan sekelompok orang atau perorangan sebagai penyamun yang sengaja mencegat orang-orang yang melalui sebuah jalan secara menakutkan untuk mengambil barang bawaannya.⁵⁴⁾

Adanya unsur “al-tharieq” dalam definisi khirobah di atas, menyiratkan pembatasan pemahaman bahwa yang dimaksud perampokan itu hanyalah bentuk-

⁵⁴⁾ Muhammad Athiyyah, *Masyru' Qowain al-Qishash wa al-Diyyat wal-Hudud al-Syar'iyah*, Dar al-I'tisham, tanpa tahun, hal 76. Hukum Pidana Islam Mesir tahun 1975 juga mendefinisikan khirobah sebagai setiap tindakan pengegatan orang yang melewati sebuah jalan dengan sengaja untuk mengancam nyawa dan atau mengambil hartanya atau hanya untuk menakut-nakuti.

bentuk tindakan kekerasan yang dilakukan di tengah jalan baik itu menyangkut nyawa atau harta seseorang yang melalui suatu jalan tersebut. Konsekuensi pembatasan arti khirobah yang demikian tentu saja berimplikasi pada sempitnya ruang lingkup perbuatan yang dapat dicakup di dalamnya. Sehingga tentu tidak termasuk perampokan (khirobah) yakni tindakan kekerasan yang dilakukan seseorang atau sekelompok orang yang secara paksa merampas harta atau kadang-kadang juga nyawa korban perampokan yang terjadi di rumah-rumah, hanya karena tidak adanya unsur “al-thariq” (perbuatan itu tidak terjadi di tengah jalan).

Pemahaman terhadap konsep khirobah sebagai bentuk kekerasan seperti di atas, sesungguhnya kurang tepat apabila ditinjau dari segi substansi al-qur'an Surat Al-Maaidah ayat 33 yang merupakan dasar hukum tentang pelarangan khirobah itu sendiri. Dalam ayat tersebut Allah menegaskan :

“Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya serta membuat kerusakan di muka bumi, adalah mereka dibunuh atau disalib atau dipotong tangan dan kaki dengan timbal balik (silang) atau dibuang dari negeri tempat kediamannya (pengasingan). Yang demikian itu sebagai suatu penghinaan untuk mereka di dunia dan di akhirat mereka memperoleh siksaan yang besar”.⁵⁵⁾

Berdasarkan Q.S. Al-Maaidah: 33 di atas diperoleh keterangan bahwa perbuatan khirobah itu adalah perbuatan memerangi Allah dan Rasul-Nya serta membuat kerusakan di muka bumi. Implikasi makna dari kalimat “membuat kerusakan di muka bumi” dalam ayat di atas tentu dapat mencakup berbagai macam

⁵⁵⁾ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Edisi tahun 1993/1994, Jakarta, 1993, hal. 164.

bentuk perbuatan yang sangat luas (tidak hanya perampokan). Namun meski demikian, unsur utama yang tidak boleh tidak harus ada dalam terminologi khirobah ialah sifat destruktif dari perbuatan itu yang cenderung dalam skala sosial. Hal ini mengingat dipergunakannya kata “memerangi Allah dan Rasul-Nya” dalam ayat tersebut mengindikasikan bahwa yang diperangi/dirusak/menjadi obyek tindak kekerasan ialah hak publik (sosial). Karena manifestasi hak Allah dan hak Rasul dalam konsep Islam adalah berujud kepentingan sosial/masyarakat luas.

Dalam konfigurasi makna ayat 33 Surat Al-Maidah di atas, maka tindak kekerasan dalam wacana khirobah sesungguhnya dapat berupa segala bentuk perbuatan destruktif yang terjadi dengan kekerasan dengan obyek yang umumnya lebih bersifat kepentingan masyarakat luas. Seperti serangan terhadap ketertiban, ketentraman atau ketenangan masyarakat secara umum. Namun, serangan terhadap kepentingan/hak individual yang terkait secara inhern dalam suatu serangan terhadap kepentingan masyarakat luas pun tetap dapat dinyatakan sebagai perbuatan khirobah. Misalnya tindak kekerasan berupa perampasan harta milik seseorang yang terjadi di rumah korban. Perbuatan demikian, selain merupakan serangan terhadap kepentingan sosial (karena mengakibatkan terjadinya ketidaktenangan/kecemasan di kalangan masyarakat), tentunya sekaligus juga merupakan serangan terhadap kepentingan individual korban secara langsung atas hak miliknya atau bahkan mungkin hak hidupnya (seandainya korban terbunuh).

Dalam konteks makna yang demikian, maka tindak kekerasan yang dilakukan seseorang/sekelompok orang berupa “menyulut” massa untuk melakukan rusuh sosial seperti yang terjadi akhir-akhir ini di berbagai daerah di Indonesia,

sesungguhnya dapat dikategorikan sebagai perbuatan khirobah. Sekalipun dalam kerusuhan tersebut mungkin tidak ada unsur pengambilan harta secara paksa (baca: penjarahan). Sebab esensi khirobah ialah adanya unsur destruktif dalam perbuatan tersebut serta obyeknya berskala sosial. Dalam tindak kekerasan berupa kerusuhan sosial/massal, munculnya kedua unsur tersebut tentu tidak dapat diabaikan sebagai sebuah fakta. Side effect yang hampir pasti ada dalam setiap kejadian rusuh sosial ialah suasana tegang, mencekam dan segala bentuk ketidaktenangan yang dialami masyarakat sebagai akibat lanjut dari perilaku-perilaku destruktif (perusakan) oleh massa yang memang menjadi tipologi spesifik dari tindak kerusuhan tersebut.

Jadi fenomena sosial khirobah sesungguhnya tidak hanya berupa aksi-aksi kekerasan perampokan berakibat terampasnya harta/bahkan nyawa korban (baik yang terjadi di tengah jalan maupun di perumahan), akan tetapi juga bisa berupa aksi-aksi kekerasan massal dalam suatu rusuh sosial yang biasanya bersifat destruktif (perusakan).⁵⁶⁾

Namun demikian, dalam literatur fiqh perbuatan khirobah pada intinya sering didefinisikan sebagai perbuatan mengambil harta milik orang lain secara terang-terangan (dengan paksaan) yang dilakukan seseorang maupun segerombolan orang yang dapat berakibat terjadinya beberapa kemungkinan seperti terampasnya harta korban saja, nyawa korban saja, harta dan nyawa korban ataupun sekedar menjadikan resah kehidupan masyarakat sekitar kejadian.⁵⁷⁾

⁵⁶⁾ Perhatikan secara cermat kata-kata "... serta membuat kerusakan di muka bumi ... dst" dalam Q.S. Al-Maa'idah ayat 33 di atas. Analisa mengenai makna Q. S Al-Maidah : 33 juga didukung oleh penjelasan hasil wawancara peneliti dengan Drs. Syamsul Anwar, M.A selaku nara sumber hukum Islam pada tanggal 20 Juni 1998.

⁵⁷⁾ Shahnun, *Al-Mudawwanah Al-Kubra*, Daar Al-Fikr, Mesir, tanpa tahun, jilid IV, hal 429.

Berdasarkan luasnya cakupan/lingkup perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai jarimah khirobah seperti telah diuraikan di atas, dan terlebih lagi mengingat bahaya/mafsadat yang dapat ditimbulkan oleh perbuatan khirobah tersebut yakni kemungkinan terampasnya hak milik (harta) seseorang, hak hidup (nyawa) seseorang serta hak publik (ketenangan dan keamanan kehidupan masyarakat luas), maka Islam sungguh sangat mencela tindak khirobah ini. Kecaman serius terhadap perbuatan khirobah tersebut, setidaknya tercermin dalam 2 (dua) hal. Pertama, secara tegas dan terbuka Allah memberikan statement bahwa tindakan khirobah merupakan suatu aksi yang dianggap telah mengobarkan perang terhadap Allah dan Rasul-Nya.⁵⁸⁾ Dalam Al-Qur'an secara keseluruhan, Allah SWT sangat jarang menggunakan statement yang demikian keras seperti ini dalam menilai berbagai macam perilaku buruk hamba-Nya. Dalam perspektif 'illat hukum, kecaman serius tersebut adalah karena perbuatan khirobah dalam berbagai bentuknya, faktanya merupakan perbuatan yang sangat mengabaikan kewajiban hukum dan agama untuk menghormati dan memelihara hak-hak asasi manusia baik secara individual (seperti hak milik dan hak hidup) maupun secara sosial (seperti ketenangan, ketentraman, keamanan, dan sebagainya).⁵⁹⁾ Oleh karena itu, sebagai bukti kedua, kecaman serius terhadap khirobah dan sekaligus sebagai upaya untuk menanggulangnya, hukum pidana Islam meresponnya dengan menentukan 4 (empat) macam ancaman pidana yang cukup berat terhadap pelaku jarimah khirobah tersebut. Yaitu (1) hukuman mati (an

⁵⁸⁾ Perhatikan sekali lagi Firman Allah yang berbunyi “ ... *alladziina yuhaaribunallaha wa rasulahu... dst*” dalam surat al-Maaidah ayat 33 tersebut.

⁵⁹⁾ Hasil wawancara peneliti dengan nara sumber hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A pada tanggal 20 Juni 1998.

yuqottaluu); (2) hukuman mati secara salib (au yushollabuu); (3) hukuman potong tangan dan kaki secara silang (au tuqotto'a aidiihim wa arjulhum min khilaafin); dan (4) hukuman pembuangan/pengasingan (au yunfau min al-ardl).

Dalam tataran aplikasi mengenai keempat macam hukuman/pidana tersebut, secara kategoris ada dua pandangan pokok. Pertama, menurut mayoritas ulama fiqh (Hanafi, Syafi'i, Hambali dan Syi'ah Zaidiyyah), penerapan ke empat macam pidana di atas sangat berhubungan dengan fakta (baca: akibat) kasus khirobah yang sungguh-sungguh terjadi. Artinya, apabila kasus khirobah yang terjadi berakibat matinya korban saja tanpa ada peristiwa perampasan hartanya, maka diterapkan jenis pidana pertama yakni hukuman mati biasa. Apabila kasus khirobah yang terjadi berakibat matinya korban dan terampasnya harta sekaligus, maka terhadap pelakunya diterapkan pidana mati secara salib. Cara salib dalam vonis dan eksekusi hukuman mati ini adalah merupakan pemberatan pembedaan. Sebab dari segi kuantitas maupun kualitas, bentuk kasus khirobah yang kedua ini memang lebih berat dibanding kasus khirobah pertama. Kemudian, apabila kasus khirobah yang terjadi berakibat terampasnya harta kekayaan korban semata tanpa disertai/terjadi pembunuhan terhadap pemiliknya, maka bagi pelakunya dikenai hukuman jenis ketiga yaitu potong tangan dan kaki secara silang. Selanjutnya, apabila kasus khirobah yang terjadi berakibat perorangan atau masyarakat luas menjadi takut/resah/merasa tidak aman dalam bepergian atau ke luar rumah (seperti akibat berbagai kerusakan akhir-akhir ini) dan tidak terjadi perampasan harta seseorang atau nyawanya, maka terhadap pelaku khirobah dengan akibat situasi yang demikian ini diancam dengan pidana jenis ke empat yakni pembuangan/pengasingan. Dalam

wacana hukum pidana modern, jenis pidana pembuangan atau pengasingan ini bentuk kongkritnya adalah pidana penjara.

Pandangan ulama kelompok pertama di atas, berbeda dengan ulama kelompok kedua yang antara lain tercermin dalam ajaran madzhab Maliki. Imam Malik berpendapat bahwa adanya variasi hukuman yang disebutkan dalam Al-Qur'an surat Al-Maaidah ayat 33 tersebut harus dipandang sebagai pemberian peluang oleh Allah kepada hakim agar dapat memilih hukuman yang dinilai paling cocok untuk diterapkan pada suatu kasus khirobah yang terjadi. Jadi eksistensi ke empat jenis pidana dalam ayat di atas adalah bersifat alternatif yang aplikasinya diserahkan sepenuhnya kepada kewenangan dan kebebasan hakim.⁶⁰⁾

Terlepas dari permasalahan aplikasi jenis-jenis hukuman dalam terjadinya suatu kasus khirobah, satu hal yang harus digarisbawahi ialah apapun bentuk konkret dari khirobah baik yang sering diterjemahkan sebagai perampokan maupun yang berbentuk aksi-aksi kerusuhan massal, semuanya itu sangat terlarang menurut pandangan Islam karena besarnya madlorot/mafsadat yang ditimbulkannya.

e. Syurbah

Ada beberapa ketentuan hukum baik dalam Al-Qur'an maupun Al-Hadits yang merupakan sumber hukum pengaturan tindak pidana syurbah atau mabuk ini. Di dalam Al-Qur'an antara lain terdapat pada Q.S. AL-Baqarah: 219, An-Nisaa': 43 dan Al-Maaidah: 90-91. Ketiga ayat di atas apabila dikaji secara mendalam menggambarkan mengenai cara bagaimana hukum islam harus diundangkan

(disyari'atkan). Dalam kontek jarimah syurbah ini, tasyri' atau pengundangan hukumnya dilakukan oleh Allah secara evolutif (bertahap). Hal ini terbukti misalnya, dalam Q.S. Al-Baqarah: 219 pertama-tama Allah hanya memberikan peringatan psikologis saja dengan firmanNya yang menyatakan bahwa minum khomer itu sekalipun ada manfaatnya, dibanding mudlarat (kerugian) yang dapat ditimbulkannya adalah lebih banyak mudlaratnya. Kemudian setelah peringatan tersebut tertanam dan direnungkan manusia, pada surat An-Nisaa': 43 Allah sedikit memberikan pernyataan yang bersifat lebih tegas yakni bahwa orang yang sedang mabuk dilarang melakukan sholat. Jadi mulai ada penegasan larangan walaupun hanya dalam kondisi-kondisi tertentu. Selanjutnya pada Q.S. Al-Maa'idah: 90 secara tegas dan prinsipil baru Allah memberikan pernyataan bahwa minum khomer atau mabuk adalah haram dan merupakan perbuatan syaithan yang paling kotor.⁶¹⁾

Evolusi tasyri' Islam mengenai larangan mabuk di atas adalah berkaitan dengan realitas kebiasaan masyarakat Arab saat itu yang telah sedemikian "mengakar" dalam mengkonsumsi khomr. Sehingga pelarangannya tentu tidak bisa dilakukan secara revolutif (karena akan banyak ditentang), melainkan harus secara evolutif.

Selain ketentuan hukum yang bersumber dari ketiga ayat Al-Qur'an di atas, sumber hukum yang mengatur mengenai jarimah khomer ini terdapat pula dalam sunnah nabi yang menyatakan: (1) "*Kullu muskirin khomrun wa kullu khomrin haraamun*".⁶²⁾ Artinya, setiap yang memabukkan adalah khomr, dan setiap khomr

⁶⁰⁾ Satria Effendi, *Kejahatan terhadap Harta dalam Perspektif Hukum Islam*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam: Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN, Syahid, Jakarta, Tanggal 23 - 24 Juni 1999.

⁶¹⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Edisi tahun 1993/1994, Jakarta, 1993, hal. 53, 125 dan 176-177.

⁶²⁾ Hadits Riwayat Imam Ahmad dan Imam Abu Dawud dari Sahabat Ibnu Umar.

adalah haram. (2) "*Maa askara katsiiruhu faqaliiluhu haraamun*".⁶³⁾ Artinya, segala sesuatu yang apabila diminum dalam jumlah banyak memabukkan, maka meminumnya dalam jumlah sedikit hukumnya adalah haram.

Beberapa ketentuan hukum mengenai khomr di atas, secara filosofis dilatarbelakangi oleh beberapa illat (alasan) rasional tentang pelarangan tindak pidana khomr ini. Yaitu pertama, minum khomr dalam pandangan islam dianggap dapat mencegah tercapainya salah satu tujuan disyari'atkannya hukum islam yakni memelihara kesucian aqal. (2) Minum khomr dipandang sebagai cermin dari sikap mengabaikan tanggungjawab baik terhadap diri sendiri, keluarga, masyarakat maupun Tuhan. Kemudian (3) minum khomr dipandang merupakan faktor kriminogenik. Artinya dapat (secara potensial) menimbulkan lahirnya kejahatan-kejahatan (jarimah) baru. Seperti perkosaan, penganiayaan, penodongan, gangguan ketertiban yang merupakan hak masyarakat dan lain sebagainya. Oleh karena itu dapat dipahami apabila karena sifat kriminogeniknya khomr tersebut, Allah sangat tegas dalam melakukan pelarangan.

Dalam masalah sanksi pidana, beberapa hadits menegaskan bahwa pada prinsipnya peminum khomr dapat dikenai pidana cambuk sebanyak 40 (empat puluh) kali. Akan tetapi apabila pelaku telah menjadi residivis (berulang kali melakukan jarimah ini) maka menurut ijtiyah Umar, ancaman pidananya dapat diperberat menjadi 80 (delapan puluh) kali cambuk. Pengenaan sanksi pidana di atas tentu saja apabila telah dapat dibuktikan bahwa seseorang telah melakukan jarimah khomr tersebut. Secara hukum fiqih, setidaknya ada dua macam alat bukti yang dapat digunakan dalam membuktikan kasus jarimah khomr ini. Yaitu (1) syahadah atau

⁶³⁾ Hadits Riwayat Imam Ahmad dan Arba'ah (Imam Hadits empat Al-Masyhuroh yang terdiri dari Buchori, Muslim, Turmudzi dan Abu Dawud).

kesaksian dengan syarat-syarat antara lain bahwa jumlah saksi minimal 2 (dua) orang laki-laki, para saksi melihat sendiri jarimah yang dilakukan terdakwa atau setidaknya dengan cara “membraui” mulut peminum secara khusus dapat dipastikan bahwa terdakwa memang telah melakukan jarimah khomr. Kemudian alat bukti yang ke (2) ialah pengakuan dari terdakwa sendiri. Alat bukti ini juga memerlukan syarat-syarat seperti minimal dua kali pengakuan secara tegas dan jelas, harus dapat dipastikan bahwa pengakuan tersebut bukan hasil dari rekayasa dan sebagainya.⁶⁴⁾

f. Riddah

Dalam perspektif fiqih, perbuatan riddah dapat diartikan sebagai keluarnya seorang muslim yang telah dewasa dan berakal sehat dari agama Islam dengan kehendaknya sendiri (tanpa paksaan) baik dilakukan dengan niat, perkataan maupun dengan perbuatan yang bisa menjadikannya dinilai sebagai kafir.⁶⁵⁾

Jarimah riddah atau keluar dari agama islam yang pelakunya biasa disebut murtad ini, merupakan jarimah yang masih dalam khilafiah (perdebatan) para fuqoha' mengenai apakah riddah termasuk sebagai jarimah hudud atau tidak.

Apabila ditelaah secara cermat, sesungguhnya perdebatan fuqoha' (khilafiyah) mengenai masalah riddah (konversi agama beserta konsekuensi-konsekuensi hukumnya) sebagaimana tercermin dalam sejumlah literatur klasik, adalah bermuara pada realitas berupa adanya perbedaan konsepsional baik oleh nash Qur'an maupun sunnah tentang status hukum perbuatan riddah itu sendiri.

⁶⁴⁾ A. Djazuli, *Op. cit.*, hal 200.

Dalam nash Al-Qur'an, dari ketentuan sejumlah ayat yang berkaitan dengan perbuatan riddah, ternyata tidak satu ayatpun yang memberikan ketegasan "vonnis" bahwa perbuatan tersebut merupakan jarimah yang pelakunya dapat dipidana. Kalaupun Allah mengecam perbuatan riddah ini, maka ekspresi kecaman tersebut ternyata hanya dalam bentuk ancaman sanksi yang bersifat ukhrawiyah (sanksi akhirat).

Adapun ketentuan (nash) Al-Qur'an yang memberikan rambu-rambu normatif tentang perbuatan riddah tersebut antara lain adalah sebagai berikut :

- a. Q.S. Al-Baqarah : 217 : "..... Dan barang siapa yang murtad diantara kamu dari agamanya (*yartadid minkum 'an diinihi*), lalu dia mati dalam kekafiran, maka *mereka itu sia-sia amalnya di dunia dan di akherat dan mereka itu menjadi penghuni neraka, mereka kekal di dalamnya*".
- b. Q.S. Ali Imran : 90: "Sesungguhnya orang-orang yang kafir sesudah beriman, kemudian bertambah kekafirannya, maka *sekali-kali mereka tidak akan diterima taubatnya, dan mereka itulah orang-orang yang sesat*".
- c. Dan lain-lain ayat Al-Qur'an yang substansinya "senada" dengan kedua ayat yang disebutkan di atas (Lihat misalnya Q.S. Al-Maidah:54 dan An-Nahl:106).⁶⁵⁾

Berdasarkan nash-nash hukum Al-Qur'an di atas, maka sebagian kalangan fuqoha' berpandangan bahwa perbuatan riddah tidak merupakan jarimah, apalagi

⁶⁵⁾ Hasanuddin AF, *Makar dan Murtad dalam Perspektif Hukum Pidana Islam*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam : Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syahid, Jakarta, tanggal 23-24 Juni 1999.

⁶⁶⁾ Al-Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Edisi tahun 1993/1994, Jakarta, 1993, hal 53, 90, 169 dan 418.

diklasifikasikan sebagai jarimah hudud.⁶⁷⁾ Sebab, selain Al-Qur'an sendiri tidak menetapkan hukuman apapun bagi riddah, juga karena klasifikasi seperti itu hakekatnya adalah melanggar hak asasi kebebasan beragama yang didukung pula oleh Al-Qur'an sendiri dalam sejumlah ayat.⁶⁸⁾

Jadi, kebijakan hukum Al-Qur'an yang menempatkan riddah sebagai perbuatan yang hanya bersanksi akhirat tersebut, sesungguhnya merupakan konsekuensi dan sekaligus penjabaran dari dianutnya prinsip kebebasan beragama.

Dalam surat Al-Baqarah:256 (*Laa ikraaha fiddien*) dan surat Al-Kahfi:29 (*faman syaa'a fal yu'min wa man syaa'a fal yakfur*), secara eksplisit termuat penegasan ajaran Islam mengenai hak kebebasan beragama ini.⁶⁹⁾ Dalam konfigurasi makna ayat inilah pemahaman terhadap konsep dasar riddah seharusnya diterapkan. Artinya, dalam perspektif Islam sesungguhnya seseorang mau beragama Islam atau beragama yang lainnya, atau juga setelah beragama Islam ia mau keluar (riddah) untuk kemudian memeluk agama lainnya atau bahkan kafir sekalipun, pada prinsipnya hal itu merupakan pilihan atas dasar hak kebebasan yang sangat dijamin oleh Islam. Hanya saja semua pilihan tersebut diingatkan oleh Allah tentunya akan memiliki konsekuensi sendiri-sendiri. Dengan kata lain, sebagai manifestasi prinsip kebebasan beragama, Al-Qur'an memandang perbuatan riddah merupakan masalah keyakinan yang tidak dapat dan memang tidak perlu untuk dicegah ataupun

⁶⁷⁾ Kairo, Nasif, M.A, *At-Taj Al-Jami' lil Ushul*, Daar Al-Ihya' Al-Kutub Al-'Arabiyyah, tanpa tahun, hal 215.

⁶⁸⁾ Argumentasi tersebut di atas secara konstruktif dapat dilihat dalam disertasi Haliman berjudul *Hukum Pidana Syari'at Islam Menurut Ajaran Ahlussunnah*, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta, 1971. Hal. 382-383.

⁶⁹⁾ Al-Quran dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Edisi tahun 1993/1994, Jakarta, 1993, hal 63 dan 448.

dipaksakan. Namun demikian, terhadap orang yang telah mengimani Islam sebagai agamanya, tindakan riddah tetap dinilai sebagai hal yang tercela karena mengindikasikan adanya sikap inkonsisten (tidak istiqomah). Bahkan tidak tertutup kemungkinan riddah pun potensial melahirkan mafsadaat/madharat bagi terjaganya eksistensi agama Islam yakni apabila kemurtadan yang dilakukan seseorang sudah bersifat desersif. Yaitu menyeberang ke agama lain kemudian bergabung dengan agama tersebut dalam kebersamaan memusuhi Islam.

Perbuatan riddah yang bersifat desersif inilah yang memberikan inspirasi ijtihadiyah bagi sebagian fuqoha' lainnya dengan memandang riddah sebagai perbuatan jarimah (tindak pidana) yang pelakunya dapat dijatuhi pidana bahkan berupa hukuman mati.⁷⁰⁾

Dasar legitimasi pandangan riddah sebagai jarimah di atas tampaknya merujuk pada tekstualitas nash hukum berupa sunnah Rasulullah s.a.w sebagai berikut:

- a. "Barang siapa menukar agama (Islam yang telah dipeluknya dengan agama lain - pen.), maka kalian bunuhlah dia". (*Man baddala diinahu faq tuluuhu*).⁷¹⁾
- b. "Tidak dihalalkan darah seorang muslim yang telah bersaksi bahwa tidak ada Tuhan melainkan Allah dan saya (Muhammad -pen.) adalah rasul Allah, terkecuali atas salah satu dari yang tiga: (1) jiwa dengan jiwa; (2) pezina yang berdosa, dan (3) orang yang keluar dari agama (Islam -pen.) -nya dan kemudian meninggalkan jamaa'ah". (*Attaariku lidiinihi wal mufariqu lil jama'ati*).⁷²⁾

⁷⁰⁾ Lihat pendapat Maulana Muhammad Ali dalam Haliman, *Ibid*, hal. 380.

⁷¹⁾ Hadits riwayat Imam Bukhori dari sahabat Ibnu 'Abbas.

⁷²⁾ Hadits riwayat Imam Bukhori dan Imam Muslim dari sahabat Usamah ibnu Zaid.

Berdasarkan kedua hadits di atas, dapat dipahami bahwa setidaknya ada dua konsep hukum tentang perbuatan riddah. Pertama, secara umum riddah dipandang sebagai perbuatan terlarang (jarimah) yang diancam dengan pidana mati. Kedua, secara khusus, riddah baru dipandang sebagai perbuatan terlarang (jarimah) yang ancaman sanksinya berupa pidana mati apabila riddah terjadi secara desersif. Artinya, pelaku jarimah selain menjadi murtad (keluar dari agama Islam), ia juga berbuat meninggalkan/memisahkan diri dari jamaah ummat Islam (*attaariku lidiinihie wal mufariqu lil jama'ah*) kemudian bergabung dengan jam'ah/negara yang sedang memusuhi Islam. Logika hukum dari pemahaman yang demikian ialah bahwa tindakan desersi merupakan hal yang sangat membahayakan, baik bagi keamanan negara Islam maupun bagi terpeliharanya eksistensi agama Islam itu sendiri yang merupakan salah satu dari *maqaashidu at-atsyri'iyyah* (tujuan disyari'atkannya hukum Islam). Oleh karena itu perbuatan riddah yang disertai desersi tersebut perlu dicegah dengan ancaman pidana yang sangat berat (mati) bagi pelakunya.

Ketentuan nash dalam kedua hadits tersebut di atas secara substantif mencerminkan konsep hukum riddah yang berbeda dengan ketentuan nash dalam beberapa ayat Al-Qur'an yang telah disebutkan terdahulu.

Apabila nash Al-Qur'an menggariskan kebijakan bahwa secara yuridis-normatif perbuatan riddah tidak merupakan jarimah (apalagi jarimah hudud) karena persepsi demikian akan melanggar prinsip hak asasi kebebasan beragama yang menjadi kebijakan dasar Al-Qur'an pula, maka nash hadits mengklasifikasikannya sebagai perbuatan jarimah yang bahkan dapat diancam dengan pidana mati.

Perbedaan konseptual diantara kedua nash (Al-Qur'an dan al-hadits) yang sama-sama merupakan sumber hukum di atas, tampaknya menjadi kausa yang mengakibatkan terjadinya khilafiah diantara para fuqaha mengenai status hukum riddah. Maksudnya ada yang memandang riddah merupakan suatu jarimah yang dapat dijatuhi pidana (berdasarkan hadits) dan ada pula yang berpendapat tidak merupakan suatu jarimah (berdasarkan Al-Qur'an).

Dalam mencari solusi bagi problem perbedaan konsep di atas, ada kalanya yang menempuh dengan cara “mempertentangkan” antara konsep Al-qur'an dengan Al-hadits untuk kemudian lebih “memenangkan” (baca: menggunakan) konsep menurut Al-Qur'an. Sebab secara hirarkhi, kandungan Al-Qur'an memang lebih tinggi dari al-hadits. Di samping itu, substansi hadits sendiri mengandung perbedaan konsep (yakni ada dua konsep hukum tentang riddah). Sedangkan dalam Al-Qur'an seluruh ayatnya (sepanjang menyangkut masalah riddah) berinti satu garis kebijakan hukum, yakni tidak menganggap sebagai tindak pidana yang bersanksi dunia.⁷³⁾

Selanjutnya ada pula yang menempuh solusi dengan cara transisional. Artinya, secara prinsip kebijakan Al-Qur'an tetap harus menjadi dasar cara pandang terhadap masalah riddah, sedangkan kebijakan hukum yang ada dalam al-hadits (karena posisi dan otoritasnya yang ada di bawah Al-Qur'an), maka konsepsinya dijadikan sebagai hukum peralihan yang masa berlakunya harus ditempatkan dalam wacana limitasi kasus dan waktu (dalam konteks tertentu).⁷⁴⁾

⁷³⁾ Haliman, *Op.cit*, hal 384.

⁷⁴⁾ An Na'iem, Abdullahi Ahmed, *Dekonstruksi Syari'ah*, LKiS bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1994, hal. 206-208.

Secara ideal, kedua nash hukum baik yang bersumber dari Al-qur'an maupun al-hadits seharusnya dapat diberlakukan bersama-sama dalam konseptualisasi perbuatan riddah ini apabila digunakan pendekatan komplementatif, bukan pendekatan kontradiktif (saling mempertentangkan antara keduanya) ataupun pendekatan transisional (memberlakukan salah satunya hanya bersifat sebagai hukum peralihan).

Adapun yang dimaksud dengan pendekatan komplementatif (saling melengkapi) ialah pemberlakuan terhadap kandungan hukum baik yang terdapat dalam nash al-Qur'an maupun al-hadits sesuai dengan addressat hukum yang dituju oleh masing-masing nash baik berupa orang, tempat ataupun situasi-kondisi sehingga dapat melahirkan formularisasi norma hukum yang mencakup seluruh aspek yang ada dalam suatu masalah yang memerlukan pemecahan hukum.

Dalam konteks hukum tentang perbuatan riddah, maka penerapan pendekatan komplementatif tersebut di atas kurang lebih akan menghasilkan kesimpulan-kesimpulan konseptualisasi hukum riddah sebagai berikut :

1. Apabila perbuatan riddah yang dilakukan oleh seseorang hanya ditujukan untuk keyakinan dirinya sendiri (artinya tidak mengajak muslim lainnya untuk ikut murtad seperti dirinya), dan pada saat riddah dilakukan, keadaan negara (Islam) sedang dalam masa damai (tidak sedang berperang dengan negara musuh/umat lain), maka perbuatan riddah yang demikian ini sanksinya adalah bersifat ukhrawiyah sesuai dengan ketentuan nash Al-Qur'an. Jadi, penguasa/pemerintah hanya berwenang memberikan dorongan moral (seruan) agar pelaku riddah segera kembali ke jalan Islam, dan sama sekali tidak bewenang menjatuhkan sanksi pidana apapun yang bersifat duniawiah. Dasar pemikirannya ialah karena

riddah yang dilakukan seorang muslim dalam bentuk dan situasi-kondisi seperti di atas tidak merupakan suatu jarimah (perbuatan terlarang). Kesimpulan demikian ini mengingat bahwa perbuatan si murtad dalam bentuk dan kondisi di atas tidak menimbulkan madharat/mafsadat (bahaya) apapun kecuali terhadap keselamatan akidahnya sendiri yang merupakan urusannya secara vertikal dengan Allah SWT.⁷⁵⁾ Sehingga dalam konteks inilah tepat sekali apabila Al-Qur'an tidak menetapkan sanksi hukum apapun yang bersifat duniawiayah bagi perbuatan riddah melainkan hanya ditetapkan sanksi yang bersifat ukhrawiyah dimana bentuk dan berat ringannya merupakan hak mutlak dan urusan Allah semata.

2. Apabila perbuatan riddah yang dilakukan seseorang terjadi pada saat keadaan negara (Islam) sedang dalam masa damai (tidak sedang berperang dengan negara musuh atau umat lain), namun riddahnya bersifat membahayakan keselamatan eksistensi agama Islam (misalnya si murtad mengajak muslim lainnya untuk melakukan riddah seperti dirinya), maka perbuatan riddah yang demikian ini harus dipandang sebagai jarimah ta'zir dengan ancaman sanksi pidana ta'zir pula. Adapun dasar pemikiran klasifikasi perbuatan riddah dalam bentuk dan situasi-kondisi di atas sebagai jarimah ta'zir ialah karena tipe perbuatan seperti tersebut di atas sama sekali tidak disebutkan secara tekstual sebagai hal yang terlarang dalam nash Al-qur'an maupun al-hadits. Namun demikian, secara realitas perbuatan tersebut sangat potensial menimbulkan madharat/mafsadat (bahaya) yakni setidaknya bagi kelangsungan keberadaan dan kehidupan agama Islam.

⁷⁵⁾ Kesimpulan di atas sesuai dengan hadits nabi *Laa dlaraara wa laa dliraara* diperoleh pemahaman bahwa dasar umum kebijakan kriminalisasi suatu perbuatan atau penilaian suatu perbuatan sebagai jarimah menurut pandangan Islam ialah apabila perbuatan yang dilakukan seseorang itu membahayakan/potensial menimbulkan mafsadat (kerusakan) baik terhadap orang atau obyek lain maupun terhadap diri pelaku itu sendiri.

Adapun sanksi pidana ta'zir itu sendiri bisa diwujudkan dalam berbagai macam dan bentuk (seperti penjara misalnya) sesuai dengan tingkat madharat/mafsadat yang nyata-nyata ditimbulkan oleh jarimah ta'zir yang terjadi.⁷⁶⁾

3. Apabila perbuatan riddah yang dilakukan seseorang terjadi pada saat keadaan negara (Islam) sedang berperang dengan negara musuh/umat lain (jadi ada bahaya yang mengancam eksistensi Islam dan umat muslim), kemudian si murtad tersebut justru melakukan desersi, dalam arti menyeberang ke negara atau umat lain yang sedang bermusuhan dengan Islam (jadi ada bahaya yang mengancam karena si murtad sangat mungkin setelah desersi akan melakukan pembocoran rahasia kekuatan Islam), maka perbuatan riddah yang demikian ini harus dipandang sebagai jarimah yang serius (hudud) yang dikenai ancaman pidana mati sebagaimana ditentukan dalam nash al-hadits. Dasar pemikiran dari pandangan di atas ialah karena riddah yang dilakukan seorang muslim dalam bentuk dan situasi-kondisi sebagaimana disebutkan di atas sangat membahayakan dan sekaligus mengancam baik bagi kelangsungan kehidupan negara/pemerintahan Islam dan umat muslimin maupun bagi terpeliharanya eksistensi agama Islam di dunia ini yang merupakan salah satu tujuan pokok disyariatkan hukum Islam (maqashidu at-tasyri'iyah). Dalam konteks pemahaman yang demikian, maka tepat sekali apabila nash al-hadits mencegahnya dengan memberikan ancaman pidana yang amat berat yakni berupa hukuman mati.⁷⁷⁾

⁷⁶⁾ Periksha Hanafi, *Op. Cit.*, hal. 229.

⁷⁷⁾ Peningkatan pengancaman pidana terhadap pelaku tindak pidana riddah jenis ketiga (desersi) hingga berupa pidana mati ini adalah sesuai dengan tingkat seriusitas perbuatan riddah yang desersif. Jadi apabila riddah seseorang tidak sampai mengakibatkan terjadinya bahaya bagi eksistensi agama Islam maupun keselamatan umat Muslim maka pengancaman pidananya pun tidak perlu dengan pidana mati.

g. Bughot

Dalam Al Qur'an sumber pengaturan hukum mengenai tindak pidana bughot (pemberontakan) ini terdapat dalam Q.S. Al-Hujuraat: 9 yang pada intinya menegaskan bahwa apabila ada dua golongan kaum muslim saling bermusuhan, maka damaikanlah. Apabila tidak mau didamaikan maka perangilah pembangkang (yang tidak mau berdamai) tersebut sehingga mereka kembali berdamai di jalan Allah (*islah*).⁷⁸⁾ Ketentuan ayat di atas dalam penafsirannya kemudian menimbulkan khilafiah (perdebatan) di antara fuqoha' mengenai apakah bughot termasuk jarimah hudud atau tidak. Pedebatan tersebut berpangkal pada definisi mengenai jarimah hudud yang ancaman pidananya adalah pidana hudud. Yaitu pidana yang telah jelas dan tegas ketentuannya baik mengenai jenis, bobot maupun cara pelaksanaannya. Berdasarkan pengertian pidana hudud ini apabila dikaitkan dengan ayat 9 surat Al-Hujurat di atas memang patut dipertanyakan status hududnya tindak pidana bughot. Sebab sanksi pidana bagi pelaku tindak pidana ini hanya disebutkan "perangilah" hingga kembali berdamai. Kata "perangilah" tentu memiliki konsekuensi yang bermacam-macam. Seperti kematian, kerusakan (kerugian) materiil dan sebagainya. Dengan kata lain sanksi tersebut tidak bersifat jelas dan tegas mengenai jenis, bobot, dan cara eksekusinya. Oleh karenanya sebagian fuqoha' dalam berbagai literatur fiqih ada yang mengelompokkan perbuatan bughot ini sebagai jarimah ta'ziir dengan sanksi pidananya berupa pidana ta'ziir yang didasarkan atas tujuan "limashlahatil aammah" atau untuk kebaikan bersama.

Dalam sejarah islam, terdapat beberapa contoh kasus jarimah bughot ini antara lain ialah kasus pembangkangan zakat oleh sebagian kaum muslimin pada

⁷⁸⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal. 846.

masa kholifah Abu Bakar yang kemudian dianggap sebagai telah melakukan jarimah riddah dan akhirnya diperangi. Kasus ini terkenal dengan sebutan “harbur riddah” (memerangi kemurtadan). Selanjutnya pada masa kholifah Ali bin Abi Tholib, pernah pula muncul kasus pembangkangan yang dipelopori Mu’awiyah dan akhirnya menimbulkan pertumpahan darah dalam peperangan terbuka sesama kaum muslimin tersebut.

Dari kedua contoh kasus tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa untuk dapat memerangi kaum bughot (pemberontak), maka penguasa harus memperhatikan kriteria-kriteria tertentu yang merupakan syarat dibenarkannya penguasa memerangi mereka. Syarat tersebut ialah: (1) bughot harus merupakan suatu kelompok besar dan memiliki kekuatan (misalnya persenjataan secara fisik), (2) kelompok bughot tersebut keberadaannya harus dapat dipastikan tujuannya yakni untuk menggulingkan imam atau pemerintahan penguasa yang adil (sudah berjalan dalam kerangka syari’at yang benar), dan ke (3) target atau tujuan memerangi kaum bughot hanya dibenarkan sampai pada batas pengembalian ketaatan mereka kepada penguasa (imam) yang adil. Dan (4) tindakan bughot yang dilakukan sekelompok orang tersebut harus dibawah seorang komando/pimpinan yang menjadi sumber kekuatan moral mereka dalam melakukan kegiatannya.⁷⁹⁾

Adapun pengertian secara fiqih mengenai tindak pidana bughot (pemberontakan) tersebut intinya ialah perbuatan sekelompok orang yang membangkang atau menentang terhadap kebijakan pemerintahan yang sah dan adil karena ada perbedaan paham dengan menggunakan suatu kekuatan yang terorganisir.⁸⁰⁾ Jadi perbuatan bughot dalam terminologi inilah yang memberikan

⁷⁹⁾ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah* (Terjemahan), Jilid IX, Al-Ma’arif, Bandung, 1987, hal 72.

⁸⁰⁾ Esensi tentang definisi tindak pidana bughot di atas antara lain dapat dilihat dalam Wahbah Al-Zuhaili, *Al-Fiqhu Al-Islami wa Adillatuhu*, Daarul-Kutub, Beirut, 1994, jilid VII, hal

legitimasi kepada penguasa yang diberontak untuk melakukan langkah-langkah penanggulangan dalam bentuk memerangi mereka agar kembali taat kepada pemerintah. Dengan demikian adanya sekelompok orang yang sekedar berbeda pendapat mengenai suatu kebijakan penguasa namun hal itu dilakukan dalam konteks sebagai kritik konstruktif, tidaklah merupakan suatu pemberontakan. Sebab dalam Islam kritik konstruktif adalah juga merupakan perintah Al Qur'an.⁸¹⁾

2. Tindak Pidana Qishash

Secara bahasa, kata "qishash" adalah berasal dari bahasa arab dengan kata dasar "*iqdashosho*" yang berarti "*tattabi'ul atsaar*" (mengikuti).⁸²⁾ Oleh karena itu maka definisi qishash sering diartikan sebagai perlakuan secara sama yang dikenakan terhadap seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan hingga berakibat hilangnya nyawa orang lain, anggota badan orang lain atau fungsi anggota badan orang lain tersebut.⁸³⁾ Perlakuan secara sama dalam hal ini mempunyai arti sebagai akibat yang mengikuti perbuatan pelaku penghilangan nyawa/anggota badan/fungsi anggota badan seseorang, dan sekaligus berkedudukan sebagai hukuman.

Berdasarkan pengertian qishash di atas dapat diketahui bahwa sebenarnya ruang lingkup tindak pidana qishash itu meliputi dua macam. Yaitu (1) tindak pidana qishash yang sasarannya adalah jiwa atau nyawa seseorang (dalam bahasa hukum pidana perbuatan demikian sering disebut sebagai "pembunuhan") dan (2) jarimah

142 yang berisi rangkuman pendapat-pendapat madzhab empat (Hanafi, Syafi'i, Maliki dan Hambali) mengenai pengertian bughot (pemberontakan).

⁸¹⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi Tahun 1993/1994, hal. 1099.

⁸²⁾ Muhammad Rawas Qol'ahjie, *Mu'jam Al-Lughat Al-Fuqaha' ('Arabi-Inklizi-Afransi)*, Beirut-Lubuan, Daar An-Nafaa'is, 1996, hal 287. Lihat juga Ahmad Fathi Bahansi, *Op.cit* (Al-Qishash ...), hal 11.

⁸³⁾ Sayyid Sabiq, *Op. Cit.*, Jilid X, hal 71.

qishash yang sasarannya adalah anggota badan atau fungsi anggota badan seseorang (yang dalam bahasa hukum pidana sering disebut sebagai perbuatan “penganiayaan”). Penegasan mengenai hakekat ruang lingkup dari makna qishash di atas perlu dikemukakan dalam rangka untuk meluruskan pemahaman banyak kalangan yang sering salah kaprah. Maksudnya, seolah sudah menjadi pemahaman umum bahwa ketika orang menyebut kata qishash maka persepsinya selalu dikaitkan dengan masalah nyawa alias pidana mati menurut konsep islam sebagai balasan (hukuman) atas pembunuhan yang dilakukan seseorang. Padahal seperti dijelaskan di atas, perbuatan qishash sebagai jarimah (tindak pidana) sesungguhnya selain berupa pembunuhan ia juga bisa berupa perbuatan penganiayaan.

Dalam Al-qur'an, prinsip-prinsip hukum tentang qishash telah ditentukan dengan jelas sebagaimana antara lain terdapat dalam Q.S. Al-Isra: 33, An-Nisa':29, 92-93, dan Al-Maaidah:45, serta satu surat lagi yang sangat esensial dalam konteks pengaturan hukum tentang qishash ini yakni Al-Baqarah: 178-179.⁸⁴⁾ Di samping itu beberapa ketentuan dalam hadits nabi Muhammad SAW sebagai sumber hukum komplemen terhadap Al Qur'an juga menggariskan pengaturan hukum tentang masalah qishash ini.⁸⁵⁾

⁸⁴⁾ *Al Qur'an dan Terjemahannya*, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, edisi 1993/1994, hal 43-44; 122; 135-136; 167 dan 429.

⁸⁵⁾ Misalnya hadits nabi yang berbunyi *Laa yahillu daamun imriin muslimin illa bi'ihdaa min tsalaatsin ... wa al-nafsu bi an-nafsi ...*. Artinya, tidak halal (dilarang) mengalirkan darah (membunuh) seorang muslim kecuali karena adanya salah satu dari tiga hal (sebagai alasan), yaitu ... dan karena membunuh jiwa, ... dan seterusnya. Ada pula hadits nabi lain yang menyatakan *Man qutila lahu qotiilun faahluhu baina khiyarotaini in ahabbu falqowadu ayilqishashu, wa in ahabbu fal'aqlu ayiadiyatuu*. Artinya, Apabila ada orang yang dibunuh, maka keluarganya bisa memilih antara dua kebaikan. Kalau suka boleh mengambil qishash dan kalau suka boleh mengambil diyat (aql). Demikian juga hadits nabi yang lain yang substansinya membicarakan secara khusus mengenai hukum pelaku pembunuhan serupa sengaja. Hadits tersebut ialah berbunyi *Alaa inna fi qotli 'amdi al-khotho, qotiilu as-sauthi wa al-hajari miatuni min al-ibili*". Artinya, ingatlah pada pembunuhan serupa sengaja yaitu pembunuhan dari cambuk, tongkat dan kerikil batu, ialah seratus ekor unta. Tentu saja selain tiga hadits di atas masih banyak lagi hadits yang lain yang berkenaan dengan masalah qishash ini.

Secara filosofis, pelarangan terhadap tindak pidana qishash khususnya qishash pembunuhan, dapat dijelaskan dengan memahami kedudukan manusia di muka bumi ini yang hakekatnya ialah sebagai "*kholifatullah fil ardl*" (wakil Allah) untuk memakmurkan kehidupan bumi. Menurut Al Qur'an agar dapat menjalankan fungsi sebagai wakil (khilafah) tersebut dengan baik, maka Allah menganugerahi manusia suatu struktur bentuk tubuh (fisik) yang terbaik diantara makhluk lainnya (Q.S Attin: 4).⁸⁶⁾ Di samping itu manusia juga dianugerahi akal fikiran dan hati nurani agar dengan keduanya manusia bisa mengendalikan segala perilakunya sehingga dalam melaksanakan fungsi khilafahnya ia dapat tetap berjalan sesuai "rel" atau syari'at si pemberi perwakilan yakni Allah SWT. Kemudian, karena rahmat Allah juga, selain beberapa anugerah di atas, manusia masih pula dianugerahi Allah untuk memudahkan pelaksanaan fungsi khilafahnya yakni berupa pemberian berbagai macam hak yang sering disebut dengan hak-hak asasi manusia (HAM). Seperti hak hidup, hak kebebasan dalam segala perwujudannya, hak milik dan lain sebagainya. Hak-hak ini diberikan secara sama kepada seluruh yang bernama manusia tanpa kecuali. Dapat dipahami bahwa tanpa dimilikinya berbagai macam hak asasi tersebut maka praktis manusia tidak akan bisa berbuat banyak dalam menjalankan fungsi khilafah yang dipercayakan kepadanya. Adapun salah satu hak dalam menunjang fungsi khilafah yang urgensif tersebut ialah hak hidup. Oleh karenanya orang sering menyebut bahwa hidup adalah hak asasi manusia yang paling mendasar. Karena hidup merupakan anugerah atau pemberian langsung dari Allah SWT, maka konsekuensi pemahamannya ialah bahwa dengan demikian tidak ada hal yang dapat membenarkan pencabutan hak hidup seseorang selain Allah sendiri

⁸⁶⁾ *Al Qur'an dan Terjemahannya*, Departemen Agama RI, Jakarta, edisi 1993/1994, hal 1076.

sebagai pemberinya. Atau sekalipun manusia bisa disebut berhak mencabut hak hidup seorang manusia, maka hak mencabut tersebut harus berdasarkan atas adanya suatu delegasi (pemberian kewenangan) oleh Allah sebagai pemilik hak hidup yang hakiki. Pemberian delegasi itu tentu saja adalah melalui firman-Nya sebagaimana disebutkan dalam Q.S Al-Israa':33 yang substansinya menyatakan bahwa perbuatan membunuh (baca: mencabut hak hidup seseorang) prinsipnya adalah haram (terlarang) kecuali ada alasan-alasan yang dapat membenarkannya secara agama (*wa laa taqtulu an-nafsa al-latii harrama Allahu illa bilhaqq*). Dalam ayat di atas, alasan-alasan justifikasi agama tersebut disebut dengan istilah "*illaa bi al-haqq*". Karena alasan-alasan tertentu dalam membunuh tersebut dijustifikasi agama melalui firman Allah, maka hal ini bisa diartikan sebagai adanya delegasi dari Allah kepada manusia untuk mencabut hak hidup seseorang (membunuh) asal ada alasan-alasan tertentu tadi.⁸⁷⁾

Berdasarkan penjelasan di atas, maka sangat bisa pahami apabila Allah sangat membenci terjadinya pembunuhan yang dilakukan seseorang dengan tiada alasan pembenar kecuali karena hanya mempeturutkan hawa nafsu semata. Bahkan untuk menggambarkan sedemikian terlarangnya perbuatan membunuh tanpa dasar ini, Allah sampai memberikan perumpamaan bahwa apabila seseorang telah melakukan pembunuhan kepada satu orang saja, maka ibaratnya ia sama dengan telah melakukan pembunuhan kepada seluruh manusia di dunia ini (Q.S Al-Maidah: 32).⁸⁸⁾

⁸⁷⁾ Berdasarkan hadits nabi "*Laa yahillu daamun imriin ...* dan seterusnya" diketahui bahwa ada tiga alasan bil haq bagi suatu pembunuhan, yaitu (1) karena seseorang telah sengaja membunuh orang lain tanpa sebab, (2) karena seseorang telah berzina dengan status muhshon dan (3) seseorang telah murtad dengan sifat desersif.

⁸⁸⁾ *Al Qur'an dan Terjemahannya*, Departemen Agama Ri, Jakarta, edisi 1993/1994, hal 164. Penegasan yang senada dengan ayat Al Qur'an di atas juga dapat ditemukan dalam hadits nabi riwayat Ibnu Maadjah dan Imam Turmudzy dari sahabat Al-Barraa' dan Abu Said yang berbunyi : *Qotlu al-Mukmini ya'dilu 'inda Allahi zawaalu al-dunya*. Artinya, tindakan pembunuhan terhadap seorang mukmin (dengan sengaja dan tanpa alasan pembenar), menurut pandangan Allah adalah membandingi tindakan pemusnahan dunia.

Secara yuridis, kajian mengenai tindak pidana qishash tidak bisa tidak harus dikaitkan dengan ketentuan dalam Q.S. Al-Baqarah: 178 yang merupakan dasar hukum qishash paling esensial. Dalam ayat ini terdapat beberapa prinsip hukum sebagai garis kebijakan Allah berkaitan dengan masalah qishash khususnya qishash jiwa (pembunuhan) sebagai berikut:⁸⁹⁾

- 1) Ditinjau dari segi nama sanksi hukum yang diancamkan terhadap pelaku tindak pidana yakni pidana “qishash”, maka berdasarkan makna dari kata “qishash” yang berarti “perlakuan secara sama”, sesungguhnya terkandung maksud bahwa melalui konsep qishash ini Islam sangat menjunjung tinggi ajaran tentang prinsip “*equality before the law*”. Artinya setiap orang adalah sama kedudukannya dihadapan hukum. Oleh karena itu implementasi dari prinsip universal ini dalam ajaran qishash adalah barang siapa melakukan pembunuhan maka ia akan di hukum bunuh pula. Begitupun apabila seseorang melakukan penganiayaan terhadap seseorang yang lain, maka ia pun akan dikenai hukum dianiaya juga. Hal demikian ini karena setiap orang adalah sama kedudukannya dihadapan hukum. Oleh karena ada makna / maksud pengajaran islam yang demikian maka bahasa Al-Qur’an menggunakan istilah untuk pidana bagi pelaku tindak pidana qishash tersebut dengan istilah “qishash” bukan dengan istilah “pidana mati”.
- 2) Sesungguhnya, berdasarkan ayat ini pidana qishash merupakan pidana pokok tetapi bersifat sebagai alternatif akhir. Artinya secara moral psikologis, sebenarnya Allah terlebih dulu menganjurkan kepada korban penganiayaan atau kepada keluarga korban suatu pembunuhan untuk memilih sikap memaafkan pelaku tindak pidana baik dengan disertai tuntutan diyat (ganti rugi) maupun tidak

⁸⁹⁾ Sayyid Sabiq, *Op. Cit.*, hal 26-28. Dikuatkan pula oleh hasil wawancara penulis dengan nara sumber hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A tanggal 20 Juni 1998.

sama sekali. Oleh karenanya maka dalam ayat tersebut dikatakan oleh Allah, sikap memaafkan itu merupakan suatu kebajikan sekaligus keringanan dari Allah (*dzaalika takhfifun min rabbikum ...*). Namun demikian karena sangat disadari bahwa sifat dasar dan kecenderungan watak manusia ketika disakiti atau dirugikan adalah selalu ingin melakukan pembalasan atas penderitaan atau kerugian yang dialaminya, maka bagi yang tidak atau belum mampu memberikan maaf (disebabkan begitu menggeloranya keinginan untuk balas dendam misalnya), dapatlah ia melakukan tuntutan pidana qishash tadi. Jadi sebenarnya pidana qishash ini menurut konsep islam adalah merupakan wadah yuridis bagi korban penganiayaan atau keluarga korban suatu pembunuhan secara sengaja yang tidak mampu memberi maaf pada pelakunya dan sangat ingin untuk membalas dendam. Agar pelaksanaan balas dendam tersebut tidak terjadi secara berlebihan melainkan proporsional, maka islam “membungkus”-nya melalui wadah hukum yang disebut pidana qishash. Dalam kerangka pemahaman mengenai kedudukan pidana qishash seperti dijelaskan di atas, maka dapat dipahami bahwa qishash sesungguhnya adalah merupakan pidana pokok tapi bersifat alternatif terakhir.

- 3) Berdasarkan ayat ini juga, digariskan kebijakan bahwa maaf yang diberikan oleh korban penganiayaan atau oleh keluarga korban suatu pembunuhan menurut agama adalah dipandang sebagai suatu kebajikan. Penilaian sebagai kebajikan tersebut adalah karena sikap memaafkan itu tidak semua orang dapat melakukannya. Sedang sikap menuntut hak (pidana qishash) kiranya semua orang dapat melakukannya. Sehingga dalam hal ini sikap mau memaafkan dianggap sebagai sesuatu yang mengandung nilai lebih yang dimiliki oleh korban atau keluarga korban tersebut.

Khusus jarimah (tindak pidana) qishash berupa pembunuhan, ditinjau dari segi sikap batin (niat) pelaku sesungguhnya dapat terjadi dengan tiga kemungkinan. Yakni (1) pembunuhan yang dilakukan dengan secara sengaja (qotlu al-‘amdi), (2) pembunuhan yang dilakukan dengan secara serupa sengaja (qotlu al-‘amdi al-khotho’ (qotlu as-syibhi al-‘amdi) dan (3) pembunuhan yang terjadi karena kealpaan/kekurang hati-hatian dari pelaku dalam bertindak serta bisa juga terjadi karena sikap salah duga dari pelaku (qotlu al-khotho’). Selain tiga jenis pembunuhan di atas, sebenarnya ada satu kategori lagi yaitu pembunuhan yang terjadi karena memang direncanakan oleh pelakunya (biasa disebut qotlu al-‘amdi al-faakhisy). Dari keempat jenis kemungkinan terjadinya pembunuhan tersebut, yang dapat dijatuhi hukuman qishash, pertama ialah pelaku pembunuhan yang direncanakan (dalam hal ini qishash merupakan pidana yang bersifat mutlak harus dijatuhkan karena pembunuhan kategori ini dianggap paling keji serta paling tinggi gradasi kejahatannya dibanding kategori-kategori yang lain). Kemudian yang kedua ialah pembunuhan yang dilakukan dengan sengaja, dengan syarat apabila pelaku tidak diberikan maaf oleh keluarga korban. Apabila pelaku mendapat maaf dari keluarga korban, maka pidana maksimum yang dapat dikenakan ialah diyat (ganti rugi) sebesar 100 (seratus) ekor unta atau yang senilai dengan itu. Apabila tuntutan diyat yang merupakan hak keluarga korban dan sekali gus sebagai pengganti dari qishash di atas pun juga dilepas oleh keluarga korban, maka dalam hal di atas hakim diperbolehkan mengambil kebijaksanaan untuk menjatuhkan pidana ta’ziir yang wujudnya disesuaikan dengan target-target pemidanaan. Misalnya penjatuhan pidana ta’ziir yang dimaksudkan dalam rangka untuk memberi pelajaran kepada pelaku agar tidak mengulangi kejahatannya dimasa-masa mendatang serta dalam rangka mengingatkan masyarakat luas akan tercelanya pembunuhan, dan lain sebagainya.

Tentu saja istilah “hakim diperbolehkan” tersebut maknanya adalah tidak merupakan suatu keharusan bagi hakim untuk menjatuhkan pidana ta’ziir tertentu. Jadi hakim boleh memilih sikap menjatuhkan pidana ta’ziir tersebut setelah qishash dan diyat dilepskan oleh keluarga korban apabila ia memandang hal itu memang perlu dan bermanfaat. Sebaliknya hakim pun boleh memilih sikap tidak perlu menjatuhkan pidana ta’ziir setelah qishash dan diyat dilepaskan oleh keluarga korban apabila ia memandang hal itu memang tidak perlu dan dinilai kurang ada manfaatnya.

Sedang dua jenis pembunuhan yang lain yakni pembunuhan serupa sengaja dan pembunuhan karena alpa/lalai, ancaman pidana yang dapat dijatuhkan maksimal adalah pidana diyat (ganti rugi) yang menurut sebuah hadits diyat tersebut wujudnya adalah sebesar 100 (seratus) ekor unta atau yang senilai dengan itu. Tetapi apabila dimaafkan keluarga korban, maka pidana diyat ini menjadi hapus karenanya. Dalam masalah pembayaran diyat pada kasus pembunuhan karena serupa sengaja atau karena alpa ini (yang secara konsep hukum sering disebut sebagai diyat mukhoffafah) , konsep islam juga membebankan kewajiban membayar diyat mukhoffafah tersebut kepada keluarga pelaku jarimah. Dasar filosofi pembebanan terhadap keluarga pelaku jarimah tersebut adalah:⁹⁰⁾

- a) Untuk menghilangkan kemungkinan terjadinya penerapan hukum diyat secara diskriminatif, yakni apabila seandainya ternyata pelaku pembunuhan alpa atau serupa sengaja tersebut adalah orang yang tidak mampu secara ekonomi untuk menanggung diyat sendirian.
- b) Untuk lebih menjamin kepastian tentang pemenuhan hak wali/keluarga korban yakni hak untuk menerima pembayaran diyat (ganti rugi).

UPT-PUSTAKA-UNDIP

⁹⁰⁾ Ahmad Hanafi, *Op.cit.*, hal 289-292.

- c) Untuk menumbuhkan atau menegakkan tali silaturahmi diantara pelaku (yang miskin dan yang miskin biasanya disisihkan) dengan keluarga lainnya, sehingga muncul solidaritas keluarga yang kuat.
- d) Untuk mengingatkan tentang adanya kewajiban keluarga mengenai tanggungjawab terhadap pendidikan atau perilaku anggotanya yang salah.

Prinsip-prinsip hukum yang berlaku dalam qishosh jiwa (pembunuhan) sebagaimana telah diuraikan di atas, juga berlaku untuk qishosh badan (penganiayaan). Dalam arti sifat kesengajaan dan ketidak sengajaan pelaku penganiayaan juga berkonsekuensi pada pidana yang dapat dikenakan terhadapnya. Maksudnya apabila pelaku dalam perbuatan aniayanya terhadap korban adalah dilakukan secara sengaja, maka pidana qishash dengan secara dianiaya adalah merupakan sanksi hukum pertama yang dapat dituntut oleh korban. Demikian pula apabila korban memaafkan pelaku, maka korban bisa mengganti hak menuntut qishash tersebut dengan tuntutan diyat (ganti rugi) atau bahkan pula ia boleh melepaskan hak diyat tersebut sama sekali (memaafkan secara mutlak).

Dasar hukum yang merupakan sumber pengaturan mengenai jarimah qishosh badan atau penganiayaan ini diantaranya terdapat dalam Q.S. As-Syura: 40, Al-Maa'idah: 45, dan hadits nabi riwayat Amr ibnu Hazam mengenai ketentuan besarnya diyat dalam penganiayaan dan lain sebagainya.⁹¹⁾ Dalam sumber-sumber hukum

⁹¹⁾ *Al Qur'an dan Terjemahannya*, Departemen Agama RI, Jakarta, edisi 1993/1994, hal 167 dan 789. Lihat juga hadits nabi Riwayat Amri ibnu Hazam yang menjelaskan surat Nabi kepada Syarjil ibnu Abdi Kilal yang berisi antara lain mengenai ketentuan diyat dalam tindak pidana qishash sebagai berikut : "Bahwasannya siap yang terbukti membunuh seorang mukmin secara tidak bersebab maka baginya qowad (pidana qishash), kecuali wali-wali (keluarga) terbunuh merelakannya. Dan bahawasannya pada jiwa satu diyat yakni seratus ekor unta, pada hidung (jika sampai rumpung) satu diyat, pada kedua mata satu diyat, pada lidah satu diyat, pada kedua bibir satu diyat, pada kemaluan satu diyat, pada tulang belakang satu diyat, pada sebuah kaki setenga diyat, pada makmumah (luka sampai kulit tengkorak) sepertiga diyat, pada jaifah (perlukaan rongga badan) sepertiga diyat, pada munaqqilah (luka sampai tulang melesta) 15 ekor unta, pada mudhihah (luka sampai tulang 5 ekor unta), pada Hasyimah (luka sampai pecah tulang) 10 ekor unta".

tersebut antara lain juga ditegaskan mengenai syarat dapat dituntutnya pidana qishash atas suatu penganiayaan, yaitu : pertama, pelaku penganiayaan harus mukallaf, kedua dilakukan atas dasar kesengajaan, dan ketiga antara pelaku dan korban secara fisiologis harus terdapat keseimbangan (kafa'ah). Artinya sama-sama memiliki anggota badan yang merupakan obyek penganiayaan maupun obyek pidana qishash karena penganiayaan. Apabila tidak ada salah satu dari ketiga syarat di atas maka penganiayaan tersebut hanya dapat dinilai dengan dua kemungkinan yakni serupa sengaja atau bahkan kealpaan. Dalam hal demikian, maka diyatlah pidana maksimum yang dapat dituntut. Apabila diyat inipun dimaafkan (dilepas tuntutan) oleh korban penganiayaan, maka hak diyat di atas juga akan menjadi gugur karenanya.

3. Tindak Pidana Ta'ziir

Dari segi bahasa, kata "ta'ziir" ada kalanya diartikan sebagai "mendidik" (at-ta'dieb) dan ada kalanya diartikan sebagai "mencegah/menolak" (ar-raddu). Dalam konteks tertentu, kata ta'ziir terkadang juga berarti "menguatkan" atau "memuliakan".⁹²⁾ Adapun secara terminologis (arti definisi), ta'ziir adalah merupakan jenis sanksi pidana yang diancamkan terhadap pelaku jarimah ta'ziir (yakni jarimah/tindak pidana yang aturan-aruran hukumnya tidak ditentukan dalam nash qur'an maupun hadits). Oleh karena itu, maka jenis-jenis pidana ta'ziir ini pun juga tidak disebutkan secara jelas baik mengenai bentuknya, bobot atau berat

⁹²⁾ Al-Syirazi, *Al-Muhadzdzab*, jilid II, 'Isa al-Baabi al-Halabi, Mesir, tanpa tahun, hal 289. Adapun makna-makna letterlijk dalam konteks tertentu dari kata ta'ziir seperti "menolak"/"mencegah" (kejahatan) atau bermakna "menguatkan" di atas, antara lain dapat dijumpai dalam pengertian beberapa ayat al Qur'an yaitu Q.S Al-Fath ayat 9 (... *wa tu'azziruuhu* ...); A.S Al-A'raaf ayat 157 (... *wa 'azzaruuhu* ...); Q.S Al-Maaidah ayat 12 (... *wa 'azzartumuuhum* ...) dan lain sebagainya. Lihat juga Ahmad Fathi Bahansi, *As-Siyaasatu Al-Jinaiyyah fi As-syari'ati Al-islamiyyah*, Daar al-Ghuruubiyyah, Kairo, 1960, hal 192).

ringannya maupun dari segi cara eksekusi/pelaksanaannya dalam nash Al-Qur'an dan Al-Hadits. Dengan demikian macam ataupun bentuk-bentuk jarimah ta'ziir dan sanksinya (yang disebut pidana ta'ziir) ini ditentukan oleh penguasa melalui penetapan peraturan perundang-undangan berdasarkan pertimbangan-pertimbangan demi menciptakan kemashlahatan bersama dan demi mencegah terjadinya madlarat dalam kehidupan masyarakat luas.⁹³⁾

Berdasarkan makna ta'ziir di atas, maka dapat disimpulkan bahwa perbuatan manusia yang dapat dikatakan sebagai jarimah ta'ziir sesungguhnya banyak sekali macam-macamnya dan luas sekali ruang lingkupnya. Sebab pada prinsipnya, segala macam perbuatan yang tidak disebutkan dalam nash Al-Qur'an maupun Al-Hadits sebagai perbuatan yang terlarang atau kalaupun disebutkan sebagai perbuatan terlarang dalam nash tetapi tidak ditentukan ancaman sanksi pidananya secara jelas, maka islam memandang sepanjang perbuatan tersebut merugikan atau secara prediktif dapat diperkirakan akan mendatangkan kerugian dalam kehidupan manusia, perbuatan tersebut dapat digolongkan sebagai jarimah ta'ziir. Tentu saja legitimasi penggolongan suatu perbuatan sebagai jarimah ta'ziir tersebut harus didasarkan atas penetapan perundang-undangan oleh penguasa atau melalui ijtihad hakim (yurisprudensi) dalam proses persidangan.

Namun demikian, dari banyak macam dan luas ruang lingkup perbuatan yang dapat digolongkan sebagai jarimah ta'ziir, kiranya secara kategoris dapat dikelompokkan ke dalam 2 macam:

⁹³⁾ Orientasi kemashlahatan yang harus menjadi acuan dalam menetapkan kebijakan kriminalisasi suatu perbuatan sebagai jarimah (tindak pidana) ta'ziir berikut sanksi-sanksi pidananya di atas, adalah didasarkan atas sebuah kaidah fiqih yang berbunyi *al-ta'ziiru yaduuru ma'a al-mashlahati*. Artinya, ta'ziir itu sangat tergantung kepada tuntutan kemashlahatan.

(1) Jarimah ta'ziir dengan kategori ketentuan mengenai perbuatan tercela/terlarang ada disebutkan dalam nash (Qur'an/Hadits), namun ketentuan mengenai sanksi pidananya tidak disebutkan dalam nash atau walaupun disebutkan maka penyebutan sanksi pidana tersebut hanya bersifat ukhrowi (sanksi akhirat). Contohnya ialah perbuatan risywah/suap, fitnah, maisir/judi, menimbun barang keperluan orang banyak dan sebagainya. Beberapa perbuatan yang disebutkan sebagai contoh ini, meskipun sifat ketercelaannya dinyatakan secara tegas di dalam nash (Qur'an/Hadits), tetapi ancaman atau sanksi hukum terhadap pelaku pelanggaran perbuatan tersebut tidak ditentukan. Walaupun dinyatakan dalam nash, maka sanksi hukum tersebut cenderung hanya bersifat ukhrowi (sanksi akhirat). Perbuatan maisir/judi misalnya, nash Qur'an hanya mencelanya sebagai perbuatan syetan yang paling kotor (*rijsun min 'amali asy-syaithon*).⁹⁴ Demikian juga perbuatan risywah/suap, nabi dalam haditsnya hanya menyatakan bahwa penyuap, orang yang disuap dan yang menjadi perantara suap semuanya akan menjadi penghuni neraka (*al-rasyi wa al-murtasyi wa al-raisi kulluhum fi al-naar*).

(1) Jarimah ta'ziir dengan kategori baik ketentuan mengenai perbuatan yang dinyatakan tercela/terlarang maupun ketentuan mengenai sanksi pidananya, kedua-duanya tidak disebutkan sama sekali dalam nash Qur'an atau Hadits. Namun dalam realitas sosial, perbuatan tersebut menampilkan fenomena sebagai perbuatan yang merugikan atau setidaknya-tidaknya potensi akan mendatangkan kerugian dalam kehidupan manusia. Terhadap jenis perbuatan yang demikian, penguasa dapat menetapkan sebagai jarimah ta'ziir berdasarkan prinsip pokok (inti) tujuan syari'at hukum islam yaitu "dar'ul mafaasidi wa jalbul mashaalih"

⁹⁴ Lihat Q.S. Al-Maaidah : 90

(mencegah/menghindari semaksimal mungkin timbulnya kerusakan dan menciptakan seluas mungkin kemashlahatan bagi kehidupan manusia).

Khusus jarimah ta'ziir kategori kedua di atas, apabila penguasa berkeinginan untuk menetapkan sebagai jarimah (tindak pidana) melalui peraturan perundang-undangan, maka penguasa harus memperhatikan beberapa syarat, agar penetapan suatu perbuatan sebagai jarimah ta'ziir tersebut tidak “kebablasan” (dengan kata lain agar tidak terjadi over criminalization). Syarat-syarat tersebut ialah: (a) perbuatan tersebut merupakan perbuatan tercela menurut ukuran-ukuran moralitas agama, (b) perbuatan tersebut membahayakan atau potensiil mendatangkan madlarat dalam kehidupan manusia baik itu mengenai diri pelaku perbuatan maupun apalagi mengenai masyarakat luas (*laa dlaraara wa la dliraara*), dan (c) penetapan suatu perbuatan sebagai jarimah (tindak pidana) harus dalam kerangka untuk mewujudkan tujuan inti disyariatkannya hukum Islam.⁹⁵⁾

Adapun dalam kebijakan mengenai penetapan tentang jenis-jenis/bentuk-bentuk dan bobot sanksi pidana ta'ziir serta cara-cara eksekusinya, penguasa juga harus mempertimbangkan beberapa aspek mengenai filosofi pemidanaan agar pidana dan pemidanaan dapat mencapai sasarannya. Beberapa aspek itu ialah: (a) keadilan suatu jenis pidana harus memenuhi aspek/rasa baik bagi korban, masyarakat maupun terpidana, (b) harus memenuhi aspek keseimbangan antara berat-ringannya pidana dengan tingkat seriusitas jarimah (tindak pidana), (c) secara prediktif, suatu jenis pidana harus berkemampuan sebagai sarana prevensi kejahatan baik spesial maupun

⁹⁵⁾ Abdul Qadir 'Audah, *Op.Cit.*, hal. 149 - 152.

general, (d) harus ada/mencerminkan aspek ta'dieb (mendidik untuk perbaikan diri terpidana).⁹⁶⁾

A.2. Konsep Rancangan KUHP-Baru tentang Tindak Pidana

A.2.1. Hakekat Tindak Pidana Menurut Rancangan KUHP Baru

Rancangan KUHP Baru⁹⁷⁾ yang akan diberlakukan sebagai pengganti dari KUHP yang sekarang ini berlaku (W.v.S.-N.I), berpendirian bahwa hakekat tindak pidana adalah perbuatan yang melawan hukum, baik secara formal (menurut perundang-undangan tertulis) maupun secara material (menurut kesadaran hukum masyarakat).

Beberapa pasal dalam Rancangan KUHP Baru (selanjutnya ditulis R-KUHP Baru) yang menggambarkan pendirian di atas antara lain dapat dikutipkan secara lengkap sebagai berikut :

1) Pasal 14

“Tindak pidana ialah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang terlarang dan diancam dengan pidana”.

2) Pasal 15

“Perbuatan yang dituduhkan harus merupakan perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana oleh suatu peraturan perundang-undangan. Agar

⁹⁶⁾ Ibrahim Hussein, *Jenis-jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam (Re-interpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan)*, artikel sumbangan dalam buku *Wacana Baru Fiqih Sosial* memperingati 70 tahun K.H. Ali Yafie, Mizan, Bandung, 1997, hal 99-108.

⁹⁷⁾ Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) yang dijadikan rujukan dalam penelitian ini ialah naskah yang telah dihasilkan oleh Panitia Penyusun RUU KUHP 1991/1992 dan yang telah disempurnakan oleh Tim Kecil sampai dengan tanggal 31 Maret 1993. Selanjutnya RUU KUHP tahun 1991/1992 di atas akan diperbandingkan dengan RUU KUHP Tahun 1999/2000 untuk mengetahui ada tidaknya perubahan konsep pemikiran (perkembangan).

perbuatan tersebut dapat dijatuhi pidana, perbuatan harus juga bertentangan dengan hukum.”

3) Pasal 16

“Setiap tindak pidana dianggap selalu bertentangan dengan hukum, kecuali ada alasan pembenar yang diajukan oleh pembuat.”

4) Pasal 17

“Hakim harus selalu mengkaji apakah perbuatan yang dituduhkan bertentangan dengan hukum dalam arti kesadaran hukum rakyat. Hasil pengkajiannya harus dikemukakan sebagai bahan pertimbangan dalam putusannya.”⁹⁸⁾

Adanya istilah-istilah yang berkenaan dengan penjelasan tentang arti tindak pidana dalam beberapa pasal di atas seperti “perbuatan yang dinyatakan terlarang oleh peraturan perundang-undangan”, “perbuatan bertentangan dengan hukum khususnya dalam arti kesadaran hukum masyarakat”, menunjukkan bahwa sifat melawan hukum merupakan hal (unsur) yang melekat secara mutlak dari perbuatan yang disebut tindak pidana. Hal demikian ini berarti jika sifat melawan hukum sebagai unsur tindak pidana tersebut tidak disebutkan secara eksplisit dalam rumusan pasal perundang-undangan, maka harus tetap selalu diasumsikan bahwa unsur tersebut telah ada di dalam rumusan pasal tentang tindak pidana itu. Implikasi dari pandangan di atas dalam tataran praktek berarti jika ada seseorang dituduhkan telah melakukan suatu tindak pidana, maka secara diam-diam unsur sifat melawan hukum dari perbuatan yang dituduhkan tersebut harus dianggap telah ada (tidak perlu dibuktikan lagi di persidangan), kecuali apabila dapat dibuktikan sebaliknya oleh terdakwa bahwa perbuatan yang dituduhkan itu tidak bersifat melawan hukum. Apabila

⁹⁸⁾ Dalam RUU KUHP Tahun 1999/2000, keempat rumusan pasal di atas secara substantif dirumuskan secara sama dalam ketentuan pasal 15 ayat (1) sampai dengan ayat (3).

demikian keadaannya maka unsur “sifat melawan hukum” itu harus dibuktikan oleh penuntut umum di persidangan. Pembuktian terhadap unsur ini juga harus dilakukan oleh penuntut umum dalam hal apabila unsur tersebut dicantumkan secara eksplisit di dalam rumusan pasal perundang-undangan pidana yang dituduhkan kepada seseorang.⁹⁹⁾ Dalam kerangka pikir demikian, maka dapat dimengerti kelahiran rumusan pasal 16 R-KUHP Baru di atas.

Menurut Roeslan Saleh, pengertian dari “bersifat melawan hukum” yang diikuti oleh konsep R-KUHP Baru adalah lebih cenderung bermakna sama dengan “bertentangan dengan hukum”, bukan sekedar bermakna “bertentangan dengan hak subyektif orang lain” ataupun bermakna “tanpa hak sendiri” sebagaimana kedua makna terakhir tersebut sering pula dikemukakan oleh beberapa ahli hukum pidana lain. Alasannya ialah karena sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana, maka berarti tanpa adanya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan, tidak ada pula tindak pidana. Tindak pidana adalah perbuatan yang tidak boleh dilakukan karena bertentangan atau menghambat tercapainya perdamaian dan ketertiban yang dicita-citakan dalam pergaulan masyarakat tersebut. Dengan demikian jelas sekali bahwa tafsiran “bersifat melawan hukum” adalah lebih luas daripada tafsiran “bertentangan dengan hak subyektif orang lain” atau “tanpa hak

⁹⁹⁾ Dalam khasanah teori, pandangan Rancangan KUHP Baru mengenai “sifat melawan hukum” sebagai unsur mutlak tindak pidana di atas dikenal dengan istilah ajaran sifat melawan hukum material. Uraian mengenai hal tersebut misalnya dapat dilihat dalam Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hal.130-134. Lihat juga Kanter dan Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982, hal. 142-159 dan lain-lain.

sendiri". Jadi batas lingkungannya lebih luas, tidak hanya berpusat pada individu-individu, melainkan pada masyarakat.¹⁰⁰⁾

Berdasarkan konsep tentang makna "sifat melawan hukum" diatas, maka kepentingan yang terutama harus mendapat perhatian hukum pidana untuk dilindungi ialah kepentingan akan keamanan dan ketertiban dalam kehidupan bersama secara luas (kepentingan masyarakat). Hal demikian ini sesuai dengan karakteristik hukum pidana sebagai hukum publik.

Namun demikian, sesungguhnya secara konseptual, kehadiran hukum pidana tidaklah semata-mata berorientasi untuk melindungi kepentingan masyarakat saja. Perlindungan terhadap kepentingan negara sebagai institusi pengelola kehidupan warga baik sebagai individu maupun sebagai suatu masyarakat, dan perlindungan terhadap kepentingan yang bersifat perseorangan, juga menjadi pertimbangan dari maksud diadakannya hukum pidana melalui kebijakan kriminalisasi suatu perbuatan dimana pelanggarnya dapat dikenai ancaman pidana tertentu.

Aspek kepentingan negara yang mendapat perlindungan hukum pidana adalah perlindungan sistem sosial dan ketatanegaraan. Jadi hukum pidana digunakan adalah untuk memelihara dan mempertahankan sistem sosial dan ketatanegaraan tersebut yang antara lain berujud keamanan umum, integritas pandangan-pandangan tertentu mengenai moralitas, keadilan sosial, martabat kemanusiaan, serta kepentingan dalam perkembangan ekonomi, politik, kebudayaan dan lain sebagainya. Sedangkan kepentingan individu atau perseorangan yang dilindungi hukum pidana

¹⁰⁰⁾ Roeslan Saleh, *Tentang Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, kertas kerja dalam Lokakarya Masalah Pembaharuan Kodifikasi Hukum Pidana Nasional Buku I, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Departemen Kehakiman R.I., tanggal 13-15 Desember 1982, di Jakarta.

bukanlah hanya berupa kepentingan individu yang merupakan bagian dari kepentingan umum (karena pada dasarnya kepentingan umum merupakan himpunan dari kepentingan individu-individu), tetapi juga berupa kepentingan individu yang berdiri sendiri sebagai pribadi dan bahkan termasuk pula kepentingan individu dari pelaku kejahatan khususnya dalam rangka untuk mendidik dan membina mereka.¹⁰¹⁾

Dalam hubungannya dengan masalah di atas, Wirjono Prodjodikoro menegaskan bahwa setidaknya ada tiga jenis kepentingan yang dilindungi hukum pidana yang tampak dari judul-judul titel tindak pidana dalam KUHP yang berlaku sekarang ini, yaitu kepentingan individu-individu (oknum-oknum), kepentingan masyarakat dan kepentingan negara. Namun dari tiap jenis kepentingan itu, masih dapat dibagi lagi menjadi beberapa sub jenis (kepentingan yang lain). Cara penggolongan tindak pidana berdasarkan atas wujud kepentingan yang dirugikan ini terdapat hampir di semua negara. Hal ini dapat dimengerti karena tidak ada tindak pidana yang tidak merugikan salah satu dari tiga jenis kepentingan tersebut. Dalam konteks demikian, maka sesuai sifat hukum pada umumnya, dilahirkan adalah dengan maksud untuk mengadakan tata tertib dalam hidup kemasyarakatan yang penuh dengan bentrokan antara berbagai kepentingan termaksud di atas.¹⁰²⁾

Pola penggolongan tindak pidana dalam KUHP yang mencerminkan kategorisasi kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh hukum pidana tersebut, tampaknya juga masih dipertahankan dalam R-KUHP Baru mendatang. Misalnya,

¹⁰¹⁾ Salman Luthan, *Kebijakan Legislatif Mengenai Kriminalisasi Dalam Perundang-undangan Pidana*, Tesis, Program Pasca Sarjana (magister Hukum), Universitas Indonesia, Jakarta, 1998, hal. 36-37.

¹⁰²⁾ Wirjono Prodjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Jakarta, 1980, hal. 6.

sebagaimana dapat dilihat dalam Rancangan Sistematika Buku Kedua R-KUHP Baru tentang tindak Pidana yang antara lain berisi tentang tindak Pidana terhadap Keamanan Negara (BAB I), Tindak Pidana Terhadap Ketertiban Umum (BAB V), Tindak Pidana Terhadap Agama dan Kehidupan Beragama (BAB VI), Tindak Pidana Terhadap Perbuatan Melanggar Kesusilaan di Muka Umum (BAB XIV), Tindak Pidana Terhadap Nyawa (BAB XIX), Pencurian (BAB XXII) dan lain sebagainya.

Tentu harus dipahami pula di sini bahwa suatu tindak pidana yang terjadi, tidaklah semata-mata selalu berarti merupakan suatu pelanggaran / perbuatan yang hanya merugikan kepentingan tertentu saja. Misalnya tindak pidana terhadap nyawa (pembunuhan), selain melanggar kepentingan individual korban (yakni berupa hak hidup), tentu juga merupakan pelanggaran terhadap kepentingan masyarakat luas (yakni berupa ketertiban dan ketenteraman/kedamaian). Bahkan suatu pembunuhan pun adalah merupakan pelanggaran terhadap kepentingan negara, khususnya dalam hal ini ialah berupa kepentingan negara untuk dapat memberikan perlindungan terhadap sistem sosial yang memandang dan menjunjung tinggi martabat kemanusiaan (hidup) sebagai sesuatu yang esensial. Tetapi, meskipun demikian di antara ke tiga kepentingan tersebut di atas, masalah perlunya perlindungan terhadap kepentingan masyarakat demi terselenggara-rakannya kesejahteraan mereka haruslah merupakan orientasi (pendekatan) utama dalam mengkriminalkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Hal ini telah menjadi penegasan dalam salah satu Laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980 yang antara lain dinyatakan bahwa masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia yaitu sejauhmana perbuatan tersebut bertentangan atau tidak bertentangan dengan nilai-

nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat. Sebagai penjabaran, khusus dalam konteks kriminalisasi suatu perbuatan, Laporan Simposium tersebut juga menetapkan beberapa kriterium umum yang diantaranya disebutkan bahwa perbuatan itu harus merupakan perbuatan yang menghambat atau menghalangi cita-cita bangsa Indonesia yaitu terciptanya masyarakat adil dan makmur, sehingga merupakan bahaya bagi keselamatan masyarakat.¹⁰³⁾

Penekanan terhadap perlindungan kepentingan masyarakat sebagai pandangan utama yang mendasari perlunya suatu perbuatan dinilai sebagai tindak pidana di atas, juga nampak sekali dalam perumusan pasal 17 R-KUHP Baru. Dalam Rancangan Penjelasan Pasal tersebut antara lain dikemukakan bahwa setelah melakukan tinjauan formal yaitu mengkaji apakah perbuatan yang dilakukan memang cocok dengan rumusan delik yang dituduhkan, hakim masih harus melakukan tinjauan dari segi material, yaitu mengkaji apakah perbuatan itu betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak patut dilakukan.¹⁰⁴⁾

Pandangan demikian dapat dimengerti karena di dalam perasaan/kesadaran hukum masyarakat yang merupakan suatu kepentingan yang harus dilindungi tersebut, bersemayam nilai-nilai keadilan. Sehingga dalam hubungan ini tepat sekali pernyataan Barda Nawawi Arief sebagai salah satu anggota Tim/Panitia Penyusun

¹⁰³⁾ Simposium *Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman R.I bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, tanggal 28-30 Agustus 1980 di Semarang, Lampiran IV tentang Laporan Simposium No. 2.2. dan 2.2.4.

¹⁰⁴⁾ Lihat Rancangan Penjelasan Pasal 17 R-KUHP Baru Konsep tahun 1991/1992 sebagaimana telah disempurnakan oleh Tim Kecil sampai dengan 13 Maret 1993.

RUU KUHP yang menilai bahwa dengan adanya ketentuan pasal 16 juncto pasal 17 menunjukkan adanya asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan material (nilai keadilan) yang dianut dalam konsep R-KUHP Baru. Namun demikian, karena menyadari bahwa dalam kejadian-kejadian kongkrit antara kepastian hukum dan keadilan mungkin saling mendesak, maka R-KUHP Baru dalam pasal 18 menentukan “hakim harus sejauh mungkin mengutamakan nilai keadilan daripada nilai kepastian hukum”.¹⁰⁵⁾

Jadi berdasarkan uraian di atas jelas sekali bahwa diutamakannya nilai keadilan yang terdapat dalam kesadaran hukum masyarakat mengisyaratkan bahwa pandangan terhadap hakekat suatu perbuatan sebagai tindak pidana terutama haruslah merujuk kepada penilaian apakah perbuatan itu membahayakan kepentingan masyarakat. Tentu saja dalam hal ini penilaian terhadap apakah perbuatan itu juga membahayakan kepentingan negara atau kepentingan perseorangan, secara implisit pun harus menjadi pertimbangan. Karena kedua kepentingan tersebut juga memerlukan perlindungan melalui kehadiran hukum pidana.

A.2.2. Dasar Hukum Penetapan Tindak Pidana Menurut Rancangan KUHP Baru

Dalam pasal 1 ayat (1) R-KUHP Baru disebutkan bahwa dasar untuk menilai suatu perbuatan sebagai tindak pidana adalah berupa peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan. Secara lengkap bunyi pasal tersebut dapat dikutipkan sebagai berikut :

¹⁰⁵⁾ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hal. 92. Rancangan pasal 18 dalam RUU KUHP tahun 1991/1992 di atas, termaktub dalam pasal 16 RUU KUHP Tahun 1999/2000.

“Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan kecuali perbuatan yang dilakukannya atau tidak dilakukannya telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.”¹⁰⁶⁾

Rumusan pasal di atas menunjukkan bahwa R-KUHP Baru menganut ajaran asas legalitas terutama dalam pengertian formal. Artinya, dalam menilai dan menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, pada prinsipnya harus berdasarkan kepada apakah sebelum perbuatan itu terjadi sudah ada undang-undangnya yang menyatakan demikian (bahwa perbuatan itu merupakan tindak pidana) ataukah tidak? Apabila sudah ada undang-undangnya, maka perbuatan itu baru bisa disebut sebagai tindak pidana. Sebaliknya, apabila belum ada undang-undangnya, maka perbuatan itu tidak boleh dipandang sebagai tindak pidana. Jadi dengan demikian undang-undang (hukum tertulis) menjadi titik tolak utama.

Kebijakan prinsipal mengenai dianutnya ajaran legalitas formal dalam R-KUHP Baru di atas dapat dimengerti khususnya dalam rangka untuk menciptakan kepastian hukum di kalangan masyarakat dan sekaligus juga untuk mencegah potensi/ kemungkinan terjadinya tindakan sewenang-wenang yang dilakukan penguasa terhadap rakyat. Karena dengan dicantumkannya berbagai macam perbuatan yang dinilai sebagai tindak pidana beserta sanksi-sanksinya dalam perundang-undangan tertulis, maka masyarakat akan dapat mengetahui dengan jelas dan pasti sehingga akan berhati-hati agar jangan sampai melakukan tindak pidana yang akan berakibat penderitaan terhadap dirinya sendiri. Dalam hubungan ini

¹⁰⁶⁾ Dalam RUU KUHP Tahun 1999/2000 rumusan pasal mengenai hal di atas juga terdapat

Feurbach yang dikenal sebagai peletak dasar dari teori paksaan psikologis (*Psychologischen zwang*) berpendapat bahwa kriminalitas harus dicegah dengan jalan suatu paksaan psikologis yang ditimbulkan oleh rumusan-rumusan delik dalam undang-undang dan ancaman-ancaman pidana yang dilekatkan pada itu.¹⁰⁷⁾

Adapun fungsi dianutnya ajaran legalitas formal dalam konteks untuyk memberikan perlindungan hukum bagi kepentingan rakyat dari potensi/kemungkinan terjadinya tindakan sewenang-wenang oleh penguasa kiranya dapat dirunut dengan memahami wacana sejarah kelahiran asas legalitas itu sendiri.

Di negara-negara Barat, tempat mula lahirnya asas legalitas ini, makna kepentingan rakyat yang harus dilindungi tersebut awalnya adalah lebih menitik beratkan kepada kepentingan individu sebagaimana terkandung dalam Deklarasi Magna Charta 1215 dan Habeas Corpus Act 1679. Upaya perlindungan kepada rakyat pada awalnya dimulai dari perjuangan dengan asas-asas politik yang menghadapkan secara berlawanan antara kepentingan rakyat dengan kekuasaan pemerintahan Raja yang absolut, kemudian beralih menjadi jaminan atas hak dan kewajiban rakyat berupa asas-asas hukum yang dirumuskan di dalam hukum tertulis dalam rangka menciptakan "*rechtszekerheid*" atau jaminan kepastian hukum.¹⁰⁸⁾ Dalam konteks sejarah yang demikian ini, Sudarto menyatakan bahwa asas legalitas itu sesungguhnya berpijak pada paham liberalisme/individualisme, dalam arti untuk

dalam pasal 1 ayat (1) dengan substansi dan redaksi yang sama.

¹⁰⁷⁾ Feurbach dalam Roeslan Saleh, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, Aksara Baru, 1983, hal. 32.

¹⁰⁸⁾ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, cetakan ke empat, hal. 69.

memberi jaminan perlindungan kepada orang seorang terhadap kesewenang-wenangan penguasa demi kepastian hukum.¹⁰⁹⁾

Pada masa Romawi, dikenal kejahatan yang dinamakan "*crimina extra ordinaria*", artinya kejahatan-kejahatan yang tidak ditentukan/disebut dalam undang-undang. Salah satunya yang populer ialah kejahatan yang disebut "*crimina stellionatus*" (perbuatan durjana). Namun tidak ditentukan penjabaran tentang perbuatan berupa apa yang dimaksud durjana tersebut. Sewaktu hukum Romawi kuno itu diterima (diropieer) di Eropa Barat dalam Abad Pertengahan, maka pengertian tentang *crimina extra ordinaria* juga diterima oleh raja-raja yang berkuasa yang prakteknya kemudian digunakan secara sewenang-wenang, menurut kehendak dan kebutuhan raja sendiri.¹¹⁰⁾

Praktek kesewenang-wenangan kekuasaan raja yang absolut tersebut, dalam perkembangannya menimbulkan reaksi di kalangan warga masyarakat yang memuncak pada zaman yang disebut Ancien Regime. Pada masa itu mulai timbul pikiran untuk menuangkan perbuatan-perbuatan yang dianggap dapat dipidana ke dalam suatu wet (undang-undang), agar supaya penduduk lebih dahulu bisa tahu dan tidak melakukan perbuatan tersebut serta yang lebih penting lagi agar dengan undang-undang tersebut penguasa tidak lagi dapat bertindak sewenang-wenang dengan kekuasaannya. Secara embrional, ajaran tentang legalitas formal ini sesungguhnya sudah terakomodasi dalam pasal 8 "*Declaration des droits de l'homme et du citoyen*", semacam undang-undang dasar yang pertama dibentuk dalam tahun

¹⁰⁹⁾ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Penerbit Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 1990, cetakan ke dua, hal. 30.

¹¹⁰⁾ Moeljatno, *Op. Cit*, hal 24.

pecahnya Revolusi Perancis. Bunyi pasal 8 tersebut (dalam terjemahan) ialah : "tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu *wet* yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah".¹¹¹⁾

Mengingat urgensi dari keberadaan undang-undang tertulis dalam memberikan penguguran kepada masyarakat mengenai perbuatan-perbuatan yang diniali terlarang dan pelakunya dapat dipidana tersebut, maka dewasa ini hampir dapat dikatakan bahwa tidak ada negara yang dalam sistem hukum pidananya tidak mencantumkan asas legalitas khususnya dalam pengertian yang formal ini. Bahkan negara-negara sosialis sekalipun seperti Rusia, Hongaria, Yugoslavia (Serbia sekarang-pen.) dan lain-lain juga menerima asas legalitas ini.¹¹²⁾ Demikian juga Inggris dengan konsep "Common Law" dan "Statute Law"-nya sesungguhnya juga mengakui/menerima asas legalitas formal tersebut. Dalam perkembangan terakhir, Inggris sebagai negara kampiun Anglo Saxon yang lebih menekankan substansi hukum kebiasaan, nampaknya mulai ada pergeseran praktek pemahaman hukum dari asas legalitas dalam pengertian material ke asas legalitas dalam pengertian formal. Artinya, suatu perbuatan pada mulanya dapat ditetapkan sebagai suatu tindak pidana oleh hakim berdasarkan *common law* (hukum kebiasaan yang dikembangkan lewat putusan pengadilan), namun dalam perkembangannya hanya dapat ditetapkan berdasarkan undang-undang (*Statute Law*).¹¹³⁾

¹¹¹⁾ Ibid.

¹¹²⁾ Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Penerbit Alumni, Bandung, 1987, hal. 51-52.

¹¹³⁾ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Penerbit CV. Rajawali Pers, Jakarta, 1990, hal. 23-26.

Ajaran tentang asas legalitas formal ini, dalam bahasa aslinya (Latin) adalah berbunyi sebagai berikut: "*Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Lege Poenali*".¹¹⁴⁾ Arti dalam terjemahan bebasnya, ialah bahwa tidak boleh suatu perbuatan dianggap delik (tindak pidana), tidak boleh pula suatu pidana dijatuhkan kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan (lege) yang telah ada terlebih dahulu sebelum perbuatan itu terjadi.

Dalam hukum pidana Indonesia, selain terdapat di dalam *ius constituendum* (c.q R-KUHP Baru), ajaran legalitas formal tersebut juga ditegaskan di dalam *ius constitutum* yakni dalam pasal 1 ayat (1) KUHP (W.v.S- N.I) yang berlaku sekarang ini. Secara lengkap pasal tersebut berbunyi: "Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan."¹¹⁵⁾

Penegasan mengenai dasar hukum tentang patut dipidananya suatu perbuatan yang harus berupa *aturan pidana dalam perundang-undangan* di atas, mengandung implikasi makna bahwa hukum itu ialah harus berujud hukum tertulis. Sebab istilah "perundang-undangan" menunjukkan arti aturan-aturan hukum yang bersifat tertulis.

Namun demikian, dalam perspektif realitas sosial tentang hukum di Indonesia, kebijakan menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang hanya berdasarkan ajaran asas legalitas formal semata, tentu dapat menimbulkan problem dalam tataran aplikasi hukum. Sebab dalam kehidupan masyarakat Indonesia, adanya

¹¹⁴⁾ Rumusan asli berbahasa latin tentang asas legalitas di atas diperkenalkan pertama kali oleh Anselm von Feuerbach sebagaimana dikutip oleh Soeharto R.M. dalam *Hukum Pidana Material*" (Unsur-unsur obyektif sebagai dasar dakwaan), Sinar Grafika, Jakarta, 1993, hal. 14.

¹¹⁵⁾ Moeljatno, *KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana)*, Bina Aksara, Jakarta, 1990, hal.3.

pluralitas hukum yang bersumber dari kebiasaan atau hukum adat yang merupakan hukum tidak tertulis adalah suatu kenyataan. Oleh karenanya memaknai pengertian hukum sebagai hukum tertulis semata dalam menetapkan penilaian mengenai terlarangnya suatu perbuatan, pada akhirnya hanya akan melahirkan kebijakan yang mengingkari terhadap realitas keberadaan hukum adat tersebut. Pertimbangan terhadap realitas keberadaan hukum-hukum adat ini juga disinggung dalam Rancangan Penjelasan asal 1 ayat (3) R-KUHP Baru mendatang yang antara lain ditegaskan bahwa: “Adalah suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah di tanah air kita masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis tetapi tetap hidup dan diakui sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian juga didapati dalam lapangan hukum pidana yaitu apa yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat.”

Berdasarkan konfigurasi pemikiran yang demikian, maka tepat sekali kelahiran berbagai peraturan perundang-undangan di luar KUHP yang pada intinya menegaskan diakuinya eksistensi hukum pidana adat sebagai sumber hukum tidak tertulis yang hidup di tengah masyarakat, untuk dijadikan dasar/sumber hukum ditetapkannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Beberapa peraturan perundangan yang dimaksudkan antara lain ialah :

(1) UU No. 1/Drt/1951, pasal 5 ayat (3) yang cuplikannya antara lain berbunyi :

“Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi *tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil*, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti

bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan yang terhukum.

Bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukumannya pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang menurut paham hakim tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas.”¹¹⁶⁾

(2) UU No. 14/1970 pasal 23 ayat (1) berbunyi :

“Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan yang bersangkutan atau *sumber hukum tidak tertulis*.”

Begitu pula masih dalam UU yang sama, pada pasal 27 ayat (1) terdapat ketentuan yang berbunyi :

“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami *nilai-nilai hukum yang hidup*.”¹¹⁷⁾

Adanya pengakuan yuridis terhadap eksistensi hukum pidana adat sebagai hukum tidak tertulis tersebut memperlihatkan adanya perluasan konsep tentang ajaran asas legalitas yang dianut oleh hukum pidana Indonesia, yaitu mengikuti

¹¹⁶⁾ Dikutip dari Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1951 No. 9 tentang UU Darurat No. 1 tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil.

¹¹⁷⁾ Dikutip dari Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1970 No. 74 tentang UU Darurat No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

ajaran asas legalitas dalam pengertian yang material selain juga tetap mempertahankan ajaran asas legalitas dalam pengertiannya yang formal.

Disamping legitimasi yuridis, kebijakan memperluas pengertian asas legalitas yang mencakup arti formal maupun material dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana ini, secara teoritis-akademis juga didukung oleh beberapa kesepakatan-kesepakatan yang dihasilkan dalam kajian di berbagai forum ilmiah. Misalnya :

(1) Dalam Seminar Hukum Nasional ke-I tahun 1963, pada Bidang Resolusi Hukum Pidana antara lain, ditegaskan :

– Butir IV:

“Yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini, maupun dalam perundang-undangan lain. Hal ini *tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut Hukum Adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa.*”

– Butir VIII:

“Unsur-unsur *Hukum Agama dan Hukum Adat* dijalinkan dalam KUHP.”¹¹⁸⁾

(2) Laporan Seminar Hukum Nasional ke-4 Tahun 1979 dalam sub B.II mengenai Sistem Hukum Nasional antara lain dinyatakan :

a. Sistem Hukum Nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan *kesadaran hukum rakyat Indonesia.*

¹¹⁸⁾ Dikutip dari Laporan Seminar Hukum Nasional ke-1 tahun 1963.

- b. Hukum Nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu *hukum yang tidak tertulis tetap* merupakan bagian dari Hukum Nasional.¹¹⁹⁾

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan sebagaimana telah diuraikan di atas, baik itu berupa realitas sosial tentang keberadaan hukum pidana adat (hukum tidak tertulis) maupun berupa kebijakan perundang-undangan yang memberikan legitimasi yuridis terhadap keberadaan hukum pidana adat tersebut atau pertimbangan berupa kesepakatan-kesepakatan yang dihasilkan dari kajian teoritik-akademik dalam berbagai forum ilmiah, maka pemikiran mengenai perlunya perluasan ajaran asas legalitas yang mencakup arti formal maupun material ini pun juga diteruskan dalam konsep R-KUHP Baru mendatang. Dalam hal ini, rumusan pasal 1 ayat (3) R-KUHP Baru menegaskan bahwa ketentuan dalam pasal 1 ayat (1) (yang menunjukkan dianutnya ajaran asas legalitas terutama dalam pengertiannya yang formal), *tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.*¹²⁰⁾

Jadi, dengan demikian sesungguhnya peraturan yang megeksplisitkan kebijakan memperluas asas legalitas sehingga mencakup baik dalam pengertiannya yang formal maupun material dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana seperti ketentuan pasal 1 ayat (3) R-KUHP Baru di atas, bukanlah merupakan

¹¹⁹⁾ Dikutip dari Laporan Seminar Hukum Nasional ke-4 tahun 1979.

¹²⁰⁾ Dalam RUU KUHP Tahun 1999/2000, ketentuan dalam rumusan pasal di atas juga dicantumkan lagi dalam pasal 1 ayat (3) dengan substansi dan redaksi yang sama.

pemikiran yang sama sekali baru, melainkan hanya sekedar meneruskan gagasan atau kebijakan yang sudah ada sebelumnya.

Namun demikian menurut Barda Nawawi Arief, kebijakan dalam R-KUHP Baru tersebut, sesungguhnya tidak dapat dilepaskan dari pokok pemikiran untuk mewujudkan dan sekaligus menjamin asas keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat serta antara kepastian hukum dan keadilan.¹²¹⁾ Artinya, apabila ajaran legalitas formal (sesuai dengan *back ground* historisnya) adalah berorientasi untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang lebih bersifat individual demi kepastian hukum, maka kehadiran dan diikutinya ajaran legalitas material adalah berorientasi untuk melindungi kepentingan-kepentingan yang lebih bersifat kemasyarakatan (karena bertumpu pada pandangan hukum yang hidup di masyarakat) demi terwujudnya keadilan.¹²²⁾

Di samping itu, perluasan asas legalitas secara material ini juga berhubungan erat dengan ajaran sifat melawan hukum material sebagai unsur mutlak dari tindak pidana yang dianut oleh R-KUHP Baru sebagaimana telah diuraikan dalam sub bab terdahulu. Maksudnya, karena sifat melawan hukum dipandang sebagai unsur yang mutlak ada dalam tindak pidana baik itu disebutkan secara eksplisit maupun tidak dalam perumusan pasal, maka suatu tindak pidana haruslah merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum baik hukum itu berupa peraturan perundang-undangan (tertulis) maupun berupa kesadaran tentang nilai-nilai tertentu yang hidup

¹²¹⁾ Barda Nawawi Arief, *Op. Cit.*, hal. 108.

¹²²⁾ Dianutnya ajaran legalitas material dalam rangka sebagai wadah pengakuan terhadap eksistensi hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat (hukum pidana adat) demi mewujudkan keadilan tersebut juga ditegaskan dalam Rancangan penjelasan pasal 1 ayat (3) R-KUHP yang antara lain berbunyi: "Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu."

di masyarakat (tidak tertulis). Oleh karena itu, apabila terhadap perbuatan yang bertentangan dengan hukum dalam arti perundang-undangan tertulis telah ditegaskan melalui dianutnya ajaran legalitas formal (pasal 1 ayat (1)), maka terhadap perbuatan yang bertentangan dengan hukum berupa kesadaran masyarakat (tidak tertulis) perlu mendapat penegasan juga yaitu melalui dianutnya pula ajaran legalitas material (pasal 1 ayat (3)).

Hal yang menarik untuk diperhatikan lebih lanjut di sini ialah bahwa yang dimaksud dengan legalitas material berdasarkan Konsep Rancangan KUHP Baru mendatang ialah hukum yang hidup di tengah masyarakat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatannya itu tidak diatur dalam perundang-undangan tertulis. Jadi hukum tidak tertulis tersebut wujudnya ialah bertumpu pada bagaimana sesungguhnya realitas dari pandangan yang hidup di masyarakat dalam menilai suatu perbuatan. Apabila realitas pandangan yang hidup di masyarakat menganggap suatu perbuatan sebagai tercela dan pelakunya patut dihukum, maka perbuatan tersebut (berdasarkan ajaran legalitas material tadi) akan dinilai sebagai tindak pidana. Demikian pula sebaliknya, apabila pandangan yang hidup di masyarakat tidak menilai perbuatan tersebut sebagai tercela, maka tidak boleh dianggap sebagai tindak pidana. Implikasi dari makna legalitas material yang demikian ialah akan sangat mungkin terjadi bahwa suatu perbuatan yang semula menurut persepsi masyarakat dinilai sebagai tindak pidana, kemudian dalam perkembangan selanjutnya berubah menjadi perbuatan yang tidak lagi terlarang (boleh dilakukan) karena telah terjadi perubahan persepsi di tengah kehidupan masyarakat tersebut. Misalnya karena akibat pengaruh modernisme,

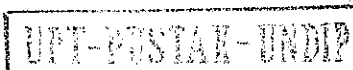
liberalisme, permissivisme dan lain-lain yang diterima, dipahami dan dipraktekkan secara salah dalam kehidupan masyarakat tadi.

A.2.3. Kualifikasi Tindak Pidana Menurut Rancangan KUHP Baru

Dalam KUHP yang sekarang berlaku, tindak pidana dikualifikasikan ke dalam dua golongan yakni kejahatan (sebagaimana terdapat dalam Buku II) dan Pelanggaran (sebagaimana terdapat dalam Buku III). Menurut Moeljatno, pada mulanya dasar perbedaan adalah bersifat kualitatif. Artinya, kalau kejahatan itu merupakan tindak pidana yang “*rechtsdelikten*”, sedangkan pelanggaran adalah tindak pidana yang “*wetsdelikten*”. Namun pada masa sekarang (perkembangan terakhir), perbedaan antara dua kualifikasi tindak pidana tersebut lebih bersifat kuantitatif. Artinya, terletak pada soal berat atau ringannya ancaman pidana antara kejahatan (yang umumnya berat) dan pelanggaran (yang umumnya ringan).¹²³⁾

Sebagai hasil dari suatu upaya pembaharuan, kualifikasi tindak pidana sebagaimana terdapat dalam KUHP tersebut tidak lagi dijumpai dalam R-KUHP Baru mendatang. Karena sistematika R-KUHP Baru hanya terdiri dari dua Buku, yakni Buku Kesatu tentang Ketentuan Umum (berisi aturan-aturan hukum pidana yang bersifat umum/asas-asas/prinsip-prinsip) dan Buku Kedua tentang Tindak Pidana sebagai ketentuan khusus. Jadi tidak lagi dibedakan antara tindak pidana yang berkualifikasi sebagai kejahatan dan yang berkualifikasi sebagai pelanggaran. Dengan kata lain setiap perbuatan yang melanggar aturan hukum pidana baik yang terdapat dalam perundang-undangan (hukum tertulis) maupun hukum tidak tertulis

¹²³⁾ Moeljatno, *Op.Cit.*, hal. 48.



hanya disebut dengan satu istilah yaitu “tindak pidana” sebagai terjemahan dari istilah “*strafbaar feit*”.¹²⁴⁾

Menurut Barda Nawawi Arief,¹²⁵⁾ kebijakan R-KUHP tersebut adalah didasarkan pada Resolusi Seminar Hukum Nasional ke-1 tahun 1963 khususnya pada butir VI bidang hukum pidana yang menyerukan agar di dalam Bagian Khusus KUHP mendatang tidak lagi diadakan penggolongan dalam dua macam delik (kejahatan dan pelanggaran). Selanjutnya resolusi di atas dipertegas lagi dalam lokakarya Buku II KUHP tahun 1985 dengan mengemukakan alasan-alasan yang pada intinya sebagai berikut :

1. Tidak dapat dipertahankannya lagi kriteria pembedaan kualitatif antara “*rechtsdelict*” dan “*wetsdelict*” yang melatarbelakangi penggolongan dua jenis tindak pidana itu;
2. Penggolongan dua jenis tindak pidana itu pada zaman Hindia Belanda memang relevant dengan kompetensi pengadilan waktu itu; “pelanggaran” pada dasarnya diperiksa oleh Landgerecht (Pengadilan Kepolisian) dengan hukum acaranya sendiri, dan “kejahatan” diperiksa oleh Landraad (Pengadilan Negeri) atau Raad van Justitie (Pengadilan Tinggi) dengan hukum acaranya sendiri pula. Pembagian kompetensi seperti itu tidak dikenal lagi saat ini.
3. Pandangan mutakhir mengenai “afkoop” (seperti pada Pasal 82 KUHP/WvS) sebagai alasan penghapus penuntutan tidak hanya berlaku untuk “pelanggaran”

¹²⁴⁾ Muladi, *Perkembangan Tindak Pidana dalam KUHP Mendatang*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi untuk Dosen-dosen Fakultas Hukum PTN/PTS se-Indonesia, diselenggarakan oleh FH-UNDIP, tanggal 12-31 Januari 1993 di Semarang.

¹²⁵⁾ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.*, hal. 93.

saja, tetapi dapat berlaku untuk semua tindak pidana walaupun dengan pembatasan ancaman maksimum pidananya.

Meskipun R-KUHP Baru mendatang tidak lagi membagi dan membedakan tindak pidana menjadi berkualifikasi sebagai “kejahatan” dan “pelanggaran”, tetapi secara implisit, dapat dikatakan bahwa kebijakan R-KUHP Baru (sebagaimana tercermin dalam ketentuan mengenai pengakuan terhadap asas legalitas formil maupun materiel), mengadakan pembagian jenis-jenis tindak pidana yang dapat “dikualifikasikan “ sebagai delik formil (yaitu delik menurut perundang-undangan tertulis) dan delik materiel (yaitu delik menurut hukum tak tertulis). Disamping itu, secara implisit pula, kebijakan R-KUHP mendatang juga dapat dikatakan “mengkualifikasikan” kategori delik berdasarkan bobot atau berat ringannya pidana yang diancamkan. Dalam hubungan ini, Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa Konsep R-KUHP Baru mengadakan pengklasifikasian bobot delik yang dapat dikelompokkan sebagai berikut :

1. Delik yang dipandang “*sangat ringan*”, yaitu yang hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori I atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan di sini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
2. Delik yang dipandang “*berat*”, yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s.d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan di sini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih

berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang diberi ancaman minimal khusus.

3. Delik yang dipandang "*sangat berat/sangat serius*", yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancamkan secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat diakumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.

Dalam R-KUHP Baru mendatang, pengancaman suatu tindak pidana dengan jenis pidana denda dalam perumusan pasal, hanya disebutkian dengan istilah kategori-kategori tertentu. Seperti "*barang siapa melakukan ... dan seterusnya dipidana dengan atau denda paling banyak kategori IV ... dan seterusnya.*" Jadi rumusan pasal tidak lagi menyebutkan jumlah angka atau nominal dari nilai rupiah yang harus dibayarkan sebagai denda. Adapun aturan mengenai jumlah tertentu dari nominal nilai rupiah yang maksimum diancamkan sebagai sanksi pidana denda ditetapkan dalam pasal 73 R-KUHP Baru yang antara lain disebutkan bahwa maksimum denda ditetapkan berdasarkan kategori. Ada 6 kategori, yaitu :

Kategori I maksimum seratus lima puluh ribu rupiah.

Kategori II maksimum tujuh ratus lima puluh ribu rupiah.

Kategori III maksimum tiga juta rupiah.

Kategori IV maksimum tujuh juta lima ratus ribu rupiah.

Kategori V maksimum tiga puluh juta rupiah.

Kategori VI maksimum tiga ratus juta rupiah.¹²⁶⁾

Dengan demikian apabila suatu tindak pidana diklasifikasikan sebagai “sangat ringan” misalnya, yaitu karena hanya diancam secara tunggal dengan pidana denda kategori I atau II, artinya adalah tindak pidana tersebut diancam dengan denda maksimum seratus lima puluh ribu rupiah atau tujuh ratus lima puluh ribu rupiah. Demikian seterusnya untuk klasifikasi-klasifikasi tindak pidana yang lainnya (seperti tindak pidana “berat” dengan ancaman denda kategori III atau IV, atau tindak pidana “sangat berat”/”sangat serius” yang diancam dengan denda kategori V).

Secara khusus, mengenai masalah pidana, pola pengancaman pidana (seperti kategorisasi dalam pengancaman pidana denda, pengancaman pidana dengan minimum khusus dan lain-lain), juga tentang pemidanaan (baik itu berkaitan dengan tujuan maupun pedoman pemidanaan) akan dipaparkan dalam kajian tersendiri pada sub bab IV.C.2 di depan nanti.

A.3. Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam Dengan Konsep KUHP Baru tentang Tindak Pidana dan Proyeksi “Ideal” Kebijakan Legislatifnya di Masa Mendatang

Sebagaimana telah dipaparkan dalam dua sub bab terdahulu (yakni Bab [IVA.1 dan A.2]), diketahui bahwa pada dasarnya pemikiran-pemikiran konseptual mengenai “tindak pidana” antara menurut Islam dengan menurut KUHP Baru mendatang sesungguhnya banyak persamaannya. Meskipun untuk beberapa hal ada pula perbedaan-perbedaannya. Dalam rangka untuk kejelasan analisis, di bawah ini

¹²⁶⁾ Dalam RUU KUHP Tahun 1999/2000 ketentuan mengenai pidana denda dalam bentuk

secara berurutan baik persamaan maupun perbedaan pemikiran tentang tindak pidana antara kedua konsep tersebut di atas akan coba diuraikan sebagai berikut.

Pertama, dalam masalah pandangan mengenai *apakah sesungguhnya hakekat tindak pidana itu*, baik konsep Islam maupun R-KUHP Baru sebenarnya tidak ada perbedaan prinsipal. Dalam konsep Islam, esensi perbuatan manusia yang dapat dinilai sebagai tindak pidana (jarimah) adalah perbuatan yang bertentangan dengan tujuan pokok/inti disyariatkannya hukum Islam yaitu mencegah kerusakan/kerugian dan menciptakan kemashlahatan / kebaikan dalam hidup manusia (dar'ul mafaasidi wa jalbul mashalihi). Dengan kata lain, perbuatan apa saja yang dilakukan manusia apabila mendatangkan mafsadah (bahaya/kerusakan/kerugian) dan pada saat yang sama justru mencegah terciptanya mashlahah (kebaikan) hidup manusia, maka ia adalah tindak pidana. Bahayanya perbuatan terlarang yang kemudian disebut sebagai tindak pidana itu adakalanya mengenai orang lain secara individual maupun sosial (masyarakat luas) dan adakalanya pula mengenai pelaku perbuatan itu sendiri (perhatikan kembali penjelasan hadits nabi "laa dlaraara walaa dliraara"). Namun demikian, orientasi terhadap perlindungan sosial (kepentingan masyarakat secara luas) memang merupakan hal yang lebih ditekankan dalam konseptualisasi Islam mengenai tindak pidana ini (perhatikan kembali tafsir dan penjabaran Q.S. Al - Baqarah: 179 dimana larangan perbuatan membunuh yang dipandang sebagai tindak pidana dengan ancaman sanksi pidana qishash adalah bertujuan tidak sekedar melindungi nyawa korban, akan tetapi lebih luas dari itu yakni untuk menjamin kehidupan dari keseluruhan manusia - walakum fil qishashi hayatun).

kategori-kategori di atas dirumuskan kembali secara sama baik substansi maupun redaksinya dalam

Adapun pandangan mengenai hakekat tindak pidana dalam R-KUHP Baru mendatang sesungguhnya juga tidak jauh berbeda dengan konsep Islam di atas. Dalam redaksionalisasi bahasa sebagaimana tercermin pada pasal 14-17 RUU KUHP Baru atau pasal 15 ayat (1) sampai dengan ayat (3) RUU KUHP Tahun 1999/2000, tindak pidana dipahami sebagai setiap perbuatan melawan atau bertentangan dengan hukum, baik hukum itu termaktub dalam peraturan perundang-undangan tertulis maupun hukum yang nyata-nyata hidup dalam kesadaran kebiasaan masyarakat. Konseptualisasi dari pengertian hukum (yang mencakup baik dalam arti tertulis maupun tidak tertulis) di atas, secara implisit sesungguhnya mencerminkan diikutinya pandangan dalam R-KUHP Baru mendatang bahwa dilarangnya perbuatan yang dinamakan tindak pidana tersebut adalah karena ia bertentangan (baca: destruktif/membahayakan) baik bagi kepentingan perseorangan maupun kepentingan masyarakat luas pada umumnya. Hal demikian ini mengingat di satu sisi, ditetapkannya hukum tertulis (undang-undang) sebagai landasan untuk menentukan ada tidaknya tindak pidana, adalah menunjukkan suatu pemikiran bahwa perlunya hukum pidana diadakan (berdasarkan undang-undang tertulis tadi) ialah cenderung lebih berorientasi untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan perseorangan dari warga negara dalam rangka menjamin kepastian hukum. (Perhatikan kembali sejarah/background lahirnya asas legalitas formal yang telah diuraikan terdahulu). Sementara itu pada posisi yang lain, ditegaskannya hukum tak tertulis yang juga harus dipandang sebagai landasan untuk menentukan ada tidaknya tindak pidana, adalah menunjukkan suatu pemikiran bahwa

ketentuan pasal 75 ayat (3).

diadakannya hukum pidana harus juga berorientasi untuk memberikan perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan secara luas dalam masyarakat. Bahkan orientasi “social defence” ini, berdasarkan penegasan pasal 17 RUU KUHP Baru dan penjelasannya, merupakan hal yang sangat ditekankan. (Lihat kembali kutipan penjelasan pasal tersebut dalam sub bab IV.A.2). Artinya, meskipun penyusunan RUU KUHP mendatang secara substantif harus mencerminkan orientasi perlindungan terhadap berbagai macam kepentingan baik yang bersifat individual, sosial maupun bahkan kepentingan negara, akan tetapi perlindungan terhadap kepentingan kemasyarakatan (sosial) adalah suatu orientasi yang sangat menjadi perhatian dalam konseptualisasi mengenai perbuatan sebagai tindak pidana ini. (Perhatikan kembali laporan simposium “pembaharuan Hukum Pidana” tahun 1980 khususnya yang berkaitan dengan dasar-dasar atau kriterium kriminalisasi yang menjadi salah satu bahan penyusunan RUU KUHP Baru ini).

Kedua, meskipun diantara kedua konsep (Islam dan RUU KUHP Baru) di atas secara prinsip terdapat persamaan pandangan mengenai “hakekat tindak pidana”, namun dalam tataran *apa yang harus menjadi dasar hukum untuk menilai suatu perbuatan sebagai tindak pidana*, kedua konsep tersebut menunjukkan adanya perbedaan.

Pada umumnya, dasar hukum untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana adalah berujud suatu ketentuan perundang-undangan / hukum tertulis (biasa disebut dengan Asas Legalitas Formal). Dalam hal ini, antara konsep Islam dan RUU KUHP Baru dapat dikatakan masih tidak ada perbedaan berarti. Sebab Islam juga menegaskan (berdasarkan Q.S Al-Isra’:15, Al-Baqarah:59, Al-An’am:16

dan beberapa Kaidah Fiqih sebagai penjabaran al-qur'an seperti telah diuraikan dalam Bab IV.A.1 di depan) bahwa Al-Qur'an, AL-Hadits dan Al-Qonun (undang-undang yang dibuat penguasa berdasarkan ijtihad mashlahah) adalah serangkaian hukum tertulis yang harus menjadi rujukan dalam penetapan kriminalisasi dan pidanaannya. Kebijakan ini juga diterapkan dalam R- KUHP Baru (dalam hal ini pasal 1 ayat (1)) yang menegaskan harus adanya peraturan perundang-undangan tertulis terlebih dahulu untuk menilai apakah suatu perbuatan merupakan tindak pidana atau bukan.

Namun, masalah dasar hukum penetapan tindak pidana ini mulai terlihat adanya perbedaan cukup mendasar diantara kedua konsep di atas, yaitu manakala berkait dengan pemikiran tentang "Asas Legalitas Material" (jaran tentang dasar hukum tak tertulis).

Menurut konsep R-KUHP Baru (c.q berdasarkan pasal 1 ayat (3)), kriminalisasi suatu perbuatan dapat dimungkinkan atas dasar hukum tak tertulis sebagai respon dan akomodasi terhadap realitas hukum yang hidup di masyarakat yang berupa suatu kebiasaan (adat) yang biasanya merupakan cerminan dari perasaan keadilan masyarakat bersangkutan. Oleh karena itu, maka apabila suatu perbuatan akan dinilai dan ditetapkan sebagai kriminal (tindak pidana) berdasarkan hukum tak tertulis ini, hal itu maknanya ialah apakah perbuatan tersebut menurut kenyataan riil dalam kebiasaan masyarakat dimana perbuatan itu terjadi, merupakan perbuatan tercela dan pelakunya patut dipidana ataukah tidak. Jika ya (artinya perbuatan itu berdasarkan pandangan riil masyarakat memang patut dicela dan pelakunya dapat dipidana), maka ia merupakan tindak pidana. Namun sebaliknya, jika tidak demikian

menurut pandangan riil masyarakat, maka perbuatan itu boleh dilakukan dan tidak merupakan tindak pidana.

Berdasarkan pengertian “hukum tak tertulis” atau ajaran “legalitas material” yang dikonsepsikan R-KUHP Baru di atas dapat diketahui bahwa betapa R-KUHP Baru telah menempatkan kedudukan dari persepsi dan kebiasaan riil masyarakat sedemikian tingginya sebagai sumber/dasar hukum dalam penetapan tindak pidana. Padahal persepsi dan kebiasaan suatu masyarakat, seiring dengan dinamika dan perubahan sosial yang terus bergulir, tentu akan sangat rentan terhadap perubahan-perubahan pula. Implikasi logisnya ialah, suatu perbuatan dapat saja dinilai sebagai tindak pidana berdasarkan realitas hukum kebiasaan dan pandangan yang berkembang di masyarakat pada suatu saat, akan tetapi sangat mungkin terjadi perbuatan tersebut akhirnya menjadi tidak lagi merupakan tindak pidana pada saat yang lain karena telah berubahnya kebiasaan dan pandangan dari masyarakat tersebut mengenai perbuatan tadi. Artinya masyarakat tidak lagi mencelanya dan tidak menganggap perlu adanya pidana bagi pelakunya.

Dengan demikian, sesungguhnya dapat disimpulkan bahwa kebijakan R-KUHP Baru yang menggariskan hukum kebiasaan dan pandangan riil masyarakat sebagai wujud/substansi dari hukum tak tertulis dalam menetapkan tindak pidana, adalah suatu kelemahan. Hal ini karena hukum tak tertulis tentang tindak pidana itu akan selalu berubah-ubah isinya mengikuti perubahan kebiasaan dan pandangan dari masyarakat. Dengan kata lain apabila kebijakan R-KUHP Baru mengenai hal di atas dipertahankan, sangat mungkin akan terjadi hukum “mengekkor” kehendak masyarakat dan bukannya mengarahkan perkembangan masyarakat itu sendiri (*law*

as a tool of social engineering). Apabila kehendak dari masyarakat yang berubah tersebut adalah sesuatu yang positif dan baik bagi kehidupan masyarakat itu sendiri, maka tentu kebijakan “mengekor” hukum pada kehendak masyarakat tersebut tidak merupakan suatu masalah bahkan bisa jadi merupakan suatu keharusan. Namun persoalannya akan menjadi lain (problematis dan berbahaya), apabila kehendak masyarakat yang berubah tadi merupakan sesuatu yang membahayakan atau paling tidak potensial membahayakan kehidupan masyarakat itu sendiri (sekali pun itu berupa kehidupan non fisik seperti moralitas sosial), maka kebijakan “mengekor” hukum pada kehendak masyarakat yang destruktif/potensial destruktif tersebut tentu hanya akan menjadi sarana dalam mempercepat “kehancuran” masyarakat itu sendiri.

Oleh karena itu, substansi atau wujud hukum tak tertulis sebagai salah satu dasar yuridis penetapan tindak pidana dalam kebijakan R-KUHP Baru mendatang sebaiknya tidak disandarkan pada realitas hukum kebiasaan dan pandangan masyarakat yang rentan terhadap perubahan-perubahan tersebut. Namun hendaknya disandarkan pada standar nilai-nilai moral yang baku (khususnya moralitas yang berdasarkan agama), yang tidak mudah “terseret” arus perubahan sosial yang terjadi tetapi justru menjadi “guidance” (pembimbing) bagi perubahan sosial itu sendiri.

Konseptualisasi tentang hukum tak tertulis yang bersandar pada nilai-nilai moralitas agama yang standard seperti disebutkan di atas itulah yang sesungguhnya menjadi salah satu pilar pemikiran Islam mengenai dasar hukum penetapan tindak pidana ini. Dalam hubungan ini, Islam menggariskan prinsipnya (sebagaimana telah disebutkan dalam masalah pandangan mengenai hakekat tindak pidana di muka), bahwa tindak pidana itu intinya ialah perbuatan yang membahayakan baik terhadap

diri pelaku maupun terhadap orang lain/masyarakat luas dan mencegah terwujudnya kemashlahatan serta menimbulkan mafsadah (kerusakan) bagi kehidupan manusia. Esensi tentang hakekat tindak pidana dalam Islam di atas, pada dasarnya tidak memerlukan formularisasi hukum dalam artian harus tertulis dalam perundang-undangan. Suatu perbuatan bisa saja sama sekali tidak disebutkan sebagai tindak pidana dalam hukum tertulis yang ada (baik itu Al-Qur'an, Al-hadits, maupun al-qonun), namun ia tetap harus dipandang sebagai tindak pidana (berdasarkan hukum tak tertulis) yaitu apabila mencerminkan sifat membahayakan (dlarar) dan mencegah mashlahah serta menimbulkan mafsadah. Dalam hubungan ini kriterium yang dipakai untuk menentukan apakah suatu perbuatan mengandung dlarar, mencegah mashlahah dan menimbulkan mafsadah atau tidak sehingga perbuatan itu bisa disebut sebagai tindak pidana atau bukan, adalah kriterium berdasarkan standard nilai-nilai moral agama, bukan pandangan dan kebiasaan riil masyarakat. Konsepsi yang demikian ini adalah mengingat bahwa nilai-nilai moralitas agama itu merupakan suatu ajaran kebenaran yang absolute demi kebaikan bagi kehidupan manusia. Sehingga masyarakat manusia yang mau mengikutinya dengan benar dan sungguh-sungguh maka akan terwujud suatu tata kehidupan yang baik pula. Sebaliknya, apabila standar nilai-nilai moral agama tersebut diabaikan atau bahkan ditinggalkan karena mengikuti kehendak nafsunya sebagai manusia baik individual maupun sosial, maka kehancuran dalam tata kehidupan manusia tersebut (anrchi) akan merupakan suatu kenyataan memprihatinkan yang tak terhindarkan (perhatikan ketentuan Q.S Shaat: 26 dan Q.S Yusuf: 53).

Berdasarkan konfigurasi pemikiran Islam di atas, maka mengingat Indonesia

sebagai bangsa yang religius sebagaimana telah ditegaskan dalam ideologi negara Pancasila (sila pertama) dan konstitusi negara (c.q pasal 29 UUD 1945), sudah sewajarnya dan bahkan seharusnya apabila produk-produk hukumnya pun bernuansa religius. Dalam konteks pembaharuan hukum pidana (KUHP) khususnya yang berkenaan dengan kebijakan mengenai “hukum tak tertulis sebagai dasar penetapan tindak pidana”, nuansa religius atau spirit agama tersebut seharusnya menjadi makna dan pengertian dari hukum tak tertulis itu sendiri.

Kemudian hal ketiga, yakni perbandingan mengenai masalah yang masih berkait dengan salah satu ajaran dari asas legalitas sebagai dasar penetapan tindak pidana, ialah pandangan tentang “*dimungkinkan tidaknya aplikasi asas legalitas dengan memberlakukan hukum secara surut*” (Asas Retroaktif).

Dalam hubungannya dengan masalah di atas, menurut kebijakan R-KUHP Baru mendatang, tampaknya pemberlakuan hukum secara surut tidak dapat dibenarkan dalam praktek penegakan hukum pidana. Hal ini nyata sekali dari dianutnya ajaran legalitas khususnya dalam pengertiannya yang formal sebagaimana tercermin dari rumusan pasal 1 ayat (1) yang tegas menyatakan bahwa tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan kecuali perbuatan yang dilakukannya atau tidak dilakukannya *telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan*. Walaupun ada ide pemikiran mengenai hukum boleh berlaku surut, maka dalam kebijakan R-KUHP mendatang hanya sebatas pada masalah terjadinya perubahan perundang-undangan sebagaimana ditentukan dalam rancangan pasal 2, di mana hukum yang baru (sebagai hasil perubahan) bisa diberlakukan secara surut kepada

kasus pidana seseorang sepanjang dinilai lebih menguntungkan dibanding memberlakukan hukum lama yang telah dirubah. Hal ini artinya dalam masalah hukum yang baru sama sekali ada, R-KUHP mendatang pada dasarnya (sesuai prinsip asas legalitas) tidak membenarkan berlakunya hukum tersebut secara surut.

Dalam perspektif keadilan khususnya keadilan individual bagi “calon-calon” terdakwa/terpidana dari kasus-kasus yang terjadi sebelum adanya hukum yang mengaturnya, kebijakan tidak memberlakukan hukum secara surut tersebut sesungguhnya memang dapat dikatakan memiliki justifikasi rasional. Sebab kalau tidak demikian, maka masalah kepastian hukum atas perbuatan seseorang akan menjadi problema serius dalam kehidupan masyarakat.

Namun apabila dilihat dalam perspektif keadilan yang cakupannya lebih luas, kebijakan tersebut diatas tentu patut dipertanyakan. Apalagi kalau kasus pidananya yang terjadi sebelum hukum yang mengaturnya itu ada adalah perkara serius yang sampai berakibat “geger sosial” dan meresahkan masyarakat karena dampak yang ditimbulkannya. Dalam konteks demikian, maka aspek keadilan dalam penegakan hukum kiranya wajar apabila menjadi prioritas utama dibanding aspek lainnya (seperti kepastian hukum). Artinya, sesuai orientasi penyusunan hukum pidana yang cenderung lebih “social defence”, maka seharusnya langkah-langkah yang dapat mengkondisikan pada upaya perlindungan dan penciptaan keadilan masyarakat secara luas hendaknya menjadi perhatian yang utama dibanding hanya “terpaku” semata pada upaya penciptaan kepastian hukum yang cenderung lebih “individual defence”. Sekalipun langkah yang dimaksudkan ialah harus memberlakukan hukum secara surut (retroaktif) sebagai “emergency exit” dengan menyimpangi salah satu

dari prinsip legalitas hukum.

Gagasan untuk memasukkan konsep “hukum boleh berlaku surut” sebagai penyimpangan terhadap prinsip legalitas hukum dalam R-KUHP Baru tersebut, sebenarnya sangat sejalan dengan konsep “mengutamakan nilai keadilan atas nilai kepastian hukum” yang telah ditegaskan sendiri oleh R-KUHP Baru sebagaimana termaktub dalam rumusan pasal 18. Di samping itu, gagasan di atas juga sekaligus akan mencerminkan kebijakan yang akomodatif dari R-KUHP Baru mendatang terhadap kecenderungan-kecenderungan internasional. Dalam hal ini kecenderungan internasional yang dimaksud ialah berupa perkembangan pemikiran di dunia ilmu hukum pidana yang berupa mulai diterimanya “retroactivity principle” sebagaimana belakangan ini dipraktekkan dalam proses peradilan pidana untuk kasus-kasus tertentu yang berkategori “serius”. (Ramli Atma Sasmita dalam makalahnya tentang “Latarbelakang Penyusunan RUU Pengadilan HAM di Indonesia” yang di dalamnya mencantumkan rancangan ketentuan mengenai asas hukum berlaku surut, menyatakan bahwa dalam statuta Mahkamah Ad-Hoc negara bekas Yugoslavia tahun 1993 untuk mengadili kejahatan perang Balkan, pada pasal 1-nya menetapkan kurun waktu berlakunya hukum adalah mundur sejak tahun 1991. Demikian juga dalam Pengadilan Ad-Hoc Khemr Merah tahun 1999, pada pasal 1-nya juga menetapkan kurun waktu berlakunya hukum secara mundur yakni untuk kasus pembantaian yang terjadi sejak 17 April 1975 sampai dengan 6 Januari 1979).

Berdasarkan hal-hal tersebut, sesuai dengan latarbelakang perlunya diadakan pembaharuan hukum pidana (KUHP) yang diantaranya ialah karena alasan perlunya adaptif terhadap kecenderungan-kecenderungan internasional yang salah satunya

berjud mulai dipraktekannya “retroactivity principle” di atas, maka relevan sekali kiranya apabila R-KUHP Baru mendatang menetapkan asas hukum boleh berlaku surut ini dalam kebijakan pembaharuannya. Sebab selain atas dasar adaptasi terhadap kecenderungan internasional di atas, pemikiran Islam sebagai salah satu sumber bahan dalam kebijakan pembaharuan KUHP di Indonesia juga menegaskan dimungkinkannya pemberlakuan hukum secara surut.

Menurut konsep Islam, selain mengakui dan menerapkan asas hukum berlaku surut dalam masalah terjadinya perubahan hukum, juga mengakui dan menerapkan asas tersebut dalam masalah hukum yang baru sama sekali ada. Asas yang dikenal dengan sebutan “Al-Atsaaru Ar-Raj’ie” ini secara historis pernah dipraktekkan nabi sendiri dalam hubungannya dengan penerapan hukum tentang jarimah (tindak pidana) perampokan dan qodzaf yang terkandung dalam Q.S Al-Maaidah:33 dan An-Nuur:4 (Perhatikan kembali uraian tentang asbabun nuzul dari kedua ayat al-qur’an ini dan implementasinya pada pembahasan sub Bab IV A.1 di depan). Berdasarkan praktek penerapan hukum secara surut oleh nabi atas ketentuan dalam kedua ayat al-qur’an di atas, dapat diketahui bahwa sebagai asas eksepsional (penyimpangan), *retroactivity principle* memang hanya bisa diterapkan untuk kasus-kasus tertentu yang sangat serius. Kasus pembantaian secara keji terhadap seluruh penggembala ternak nabi dalam suatu aksi perampokan yang mengiringi turunnya Q.S Al-Maidah:33, begitu juga kasus fitnah terhadap istri nabi yang sangat mengguncang masyarakat dan nyaris menimbulkan perpecahan umat saat itu yang mengiringi turunnya Q.S An-Nuur:4, kiranya dapat dijadikan gambaran untuk menentukan kriteria apakah yang harus dijadikan dasar pemberlakuan konsep hukum secara

surut. Kriteria itu ialah selain sangat seriusnya kejahatan (seperti dilakukan secara sadis, keji dan biadab serta jauh di luar perikemanusiaan), dampak yang ditimbulkan akibat kejahatan itu juga harus sedemikian rupa dahsyatnya sehingga mengguncangkan sendi-sendi sosial dalam kehidupan bersama. Sebagian dari kriteria di atas tampaknya juga telah diakomodasi dalam ketentuan UU Peradilan HAM yang baru disahkan beberapa waktu lalu yang mencantumkan berlakunya asas hukum boleh berlaku surut dalam hal untuk mengadili kasus-kasus pelanggaran HAM berat seperti “genocide crime”, kejahatan SARA yang sistematis dan meluas dan lain sebagainya (Periksa keterangan Yahya Zaini, Wakil Ketua Pansus RUU Peradilan HAM DPR-RI dalam Jawa Pos, 7 Nopember 2000).

Oleh karena itu, RUU KUHP Baru yang akan menjadi hukum induk dalam bidang pidana di Indonesia pada masa mendatang, tepat sekali kiranya apabila merumuskan kebijakan dalam salah satu ketentuan pasalnya mengenai asas retroaktif ini. Selain pertimbangan-pertimbangan teoritis di atas, gagasan mencantumkan asas retroaktif dalam RUU KUHP Baru tersebut juga signifikan apabila dicarikan justifikasinya pada merebaknya realitas kejahatan sangat serius yang terjadi di Indonesia selama ini dan nyaris tidak pernah tertangani.

Selanjutnya hal keempat yang perlu dikemukakan dalam analisis perbandingan antara konsep Islam dengan konsep KUHP Baru dalam pemikiran tentang tindak pidana ini ialah konseptualisasi mengenai “*kualifikasi tindak pidana*”.

Dalam masalah ini, sebagaimana telah dipaparkan pada dua sub bab di muka (A.1.3 dan A.2.3) terlihat sekali adanya perbedaan di antara kedua konsep khususnya apabila dilihat dari sudut kesederhanaan kualifikasi tentang tindak pidana.

Menurut konsep Islam, kualifikasi tindak pidana berdasarkan ancaman pidana hanya digolongkan ke dalam 3 kategori / kelompok, yaitu (1) perbuatan yang merupakan tindak pidana *h hudud* (terdiri atas 7 jenis perbuatan: zina, *qodzaf*, *sirqoh*, *khirobah*, *syurbah*, *riddah* dan *bughoh*), (2) perbuatan yang merupakan tindak pidana *qishash* (terdiri atas 2 jenis perbuatan: pembunuhan dan penganiayaan), dan (3) perbuatan yang merupakan tindak pidana *ta'zir* (terdiri atas segala macam perbuatan tercela dan berbahaya di luar jenis-jenis tindak pidana *hudud* dan *qishash*). Jadi, jenis-jenis dari tindak pidana *ta'zir* ini akan sangat beragam dan akan terus bisa berkembang wujudnya. Dikatakan demikian, karena hakekat tindak pidana *ta'zir* ialah perbuatan di luar kategori *hudud-qishash*, yang menampakkan ciri-ciri *dlarar* (bahaya), mencegah *mashlahah* dan mendatangkan *mafsadah* bagi kehidupan manusia. Dengan kualifikasi seperti ini, maka tampak sekali betapa fleksibelnya konsep Islam dalam merespon perkembangan atas kejahatan yang terjadi di manapun dan kapanpun. Sebab secanggih apapun suatu kejahatan “dikemas” oleh manusia sehingga seolah bukan merupakan kejahatan, namun apabila dapat diidentifikasi ciri-ciri umum dari tindak pidana pada perbuatan tersebut, maka ia tetaplah suatu tindak pidana (dengan kualifikasi *ta'zir*) dan dapat dikenai pidana pula.

Fleksibilitas tersebut juga semakin nyata dengan adanya konsepsi pembedaan *ta'zir* yang memberikan kewenangan sedemikian luas dan besar kepada hakim untuk melakukan *ijtihad* hukum dengan menetapkan suatu perbuatan (meskipun belum diatur oleh hukum sebelumnya) sebagai tindak pidana *ta'zir* dan mempidana pelakunya, sepanjang setelah diteliti dalam *ijtihadnya*, pada perbuatan tersebut terdapat ciri-ciri tindak pidana di atas. Berdasarkan konsep kualifikasi

tindak pidana yang menghasilkan konseptualisasi ta'zir seperti telah dijelaskan di atas, maka dalam pandangan Islam tidak akan dikenal ungkapan satire "hukum ketinggalan kereta (kejahatan)". Karena dengan konsep ta'zir, hukum Islam akan selalu dapat menjangkau fenomena "pengembangan" kejahatan dimanapun, kapanpun dan oleh siapapun.

Hal di atas kiranya berbeda apabila dilihat menurut konsep R-KUHP Baru mendatang. Dalam R-KUHP Baru, kualifikasi tindak pidana secara implisit (tidak eksplisit formal), berdasarkan bobot ancaman pidana sesungguhnya dapat dikelompokkan ke dalam 3(tiga) kategori, yaitu (1) tindak pidana sangat ringan/ringan, (2) tindak pidana berat dan (3) tindak pidana sangat berat/sangat serius. Namun jenis dari masing-masing ketiga kualifikasi tindak pidana tersebut, ditentukan secara sangat mendetil sehingga menghasilkan tidak kurang dari 31 bab tentang nama tindak pidana yang kemudian terperinci lagi menjadi ratusan jenis perbuatan yang merupakan tindak pidana. Hal ini sangat berbeda dengan konsep kualifikasi tindak pidana menurut Islam yang hanya menghasilkan 10 (sepuluh) jenis tindak pidana saja, yakni 7 (tujuh) untuk jenis tindak pidana hudud, 2 (dua) untuk jenis tindak pidana qishash dan 1 (satu) jenis tetap yang dinamakan tindak pidana ta'zir meskipun wujudnya bisa berkembang berupa segala macam perbuatan dengan kriteria-kriteria tertentu.

Kebijakan R-KUHP Baru di atas, walaupun memang banyak diikuti oleh hampir seluruh negara di dunia ini dalam menyusun KUHP-nya, namun sebenarnya telah menyebabkan terbatasnya upaya untuk menjadikan suatu KUHP sebagai hukum induk yang responsif terhadap setiap fenomena dari perkembangan kejahatan yang

terjadi di masyarakat. Sebab dengan konsep kualifikasi tindak pidana yang menghasilkan berbagai macam jenis tindak pidana yang terperinci sekali dan sangat fixed tersebut, KUHP tidak akan mampu merespon munculnya kejahatan-kejahatan baru yang tidak atau belum di atur hukumnya dalam ketentuan KUHP itu sendiri. Walaupun masalah ini dapat diantisipasi dengan membuat suatu ketentuan dalam R-KUHP mendatang seperti pasal 103 KUHP sekarang (W.v.S-N.I), namun aplikasinya tetap harus dengan kebijakan melalui pembuatan undang-undang baru di luar KUHP sebagai dasar untuk merespon fenomena kejahatan-kejahatan baru tersebut. Fakta seperti inilah yang justru semakin memperkuat kebenaran ungkapan satire bahwa hukum selalu ketinggalan kereta (kejahatan).

Padahal, seharusnya sekalipun tidak dibuat rumusan pasal seperti pasal 103 KUHP sekarang dan juga tidak dibuat UU Baru di luar KUHP, tetapi apabila perkembangan munculnya kejahatan-kejahatan baru tersebut memenuhi kriteria umum dari suatu kejahatan yang telah ditetapkan dalam suatu pasal KUHP (seperti kriteria ta'zir menurut Islam di muka), maka cita-cita mewujudkan fleksibilitas sebuah KUHP yang responsif terhadap segala macam bentuk kejahatan sungguh bisa menjadi kenyataan.

Adapun kriteria umum tentang suatu perbuatan bisa disebut kejahatan (tindak pidana) ini, kiranya dapat dijabarkan dalam perumusan mengenai wujud kongkrit dari hukum tak tertulis (asas legalitas material) yang sudah diakui R-KUHP Baru sebagai salah satu dasar hukum penetapan tindak pidana. Maksudnya, pada bagian pasal R-KUHP Baru yang menegaskan bahwa suatu perbuatan dapat pula dipandang sebagai tindak pidana berdasarkan hukum tak tertulis (disamping berdasarkan hukum

tertulis yang telah ada sebelumnya), hendaknya rumusan bagian pasal tersebut dilengkapi dengan kriteria-kriteria tertentu dari perbuatan yang akan dinilai sebagai tindak pidana tadi. Kriteria-kritereria itu hendaknya pula bersifat umum/global dengan menegaskan hal-hal prinsip apa saja yang akan dijadikan dasar tak tertulis untuk menilai dan menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana. Dalam konteks gagasan di atas, maka konsep pemikiran Islam tentang tindak pidana ta'zir di muka kiranya dapat dikonstruksikan untuk merealisasikannya. Artinya, hal-hal prinsip yang menjadi dasar hukum tak tertulis dalam penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana tadi, mislanya ialah :

- (a) perbuatan itu membahayakan (mengandung aspek dlarar) menurut ukuran moralitas/nilai-nilai agama,
- (b) perbuatan itu menimbulkan kerusakan / kerugian (mengandung aspek mafsadah) menurut ukuran moralitas/nilai-nilai agama, dan
- (c) perbuatan itu mencegah terwujudnya kebaikan dalam kehidupan manusia (mengandung aspek pencegahan mashlahah) menurut ukuran moralitas/nilai-nilai agama.

Jadi, apabila gagasan di atas dapat “diadopsi” dalam kebijakan R-KUHP Baru mendatang, maka tentunya sistematika aturan tentang tindak pidananya pun seharusnya berubah pula. Maksudnya, Buku II yang memuat aturan tentang tindak pidana, seharusnya hanya menentukan jenis-jenis perbuatan tertentu saja yang dinilai sangat mendasar sebagai ancaman terhadap tata kehidupan bersama, sehingga oleh karenanya perlu dijabarkan dalam rumusan pasal. Adapun selebihnya (untuk jenis-jenis perbuatan lain di luar yang sangat mendasar tadi), penilaian mengenai

kriminalisasinya kiranya dapat dicukupkan dengan dasar hukum tak tertulis yang berisi hal-hal prinsip untuk penilaian dan penetapan tindak pidana di atas. Pemikiran yang demikian ini adalah sejalan dengan konsep Islam yang hanya menentukan 9 (sembilan) jenis tindak pidana yang dinilai sangat mendasar sebagai ancaman terhadap tata kehidupan manusia (yaitu 7 jenis tindak pidana hudud dan 2 jenis tindak pidana qishash). Sedangkan untuk jenis-jenis perbuatan lainnya di luar 9 macam perbuatan mendasar di atas, penilaian kriminalisasinya menggunakan prinsip-prinsip dasar dalam konsep tindak pidana ta'zir.

Berdasarkan seluruh uraian analisis perbandingan yang telah dipaparkan di atas, terbukti kiranya bahwa dalam pemikiran mengenai masalah dasar dari hukum pidana yang pertama yaitu tentang tindak pidana, antara konsep Islam dengan konsep KUHP Baru mendatang sesungguhnya memang terdapat persamaan-persamaan. Namun demikian, dalam beberapa aspek yang lain tentang tindak pidana ini, antara kedua konsep tersebut pun juga memperlihatkan adanya perbedaan-perbedaan. Hal-hal yang ditemukan dan dikemukakan dalam perspektif hukum pidana Islam yang berbeda konseptualisasinya dengan R-KUHP Baru di atas, setelah memperhatikan dasar-dasar pemikirannya, kiranya patut untuk dipertimbangkan sebagai kontribusi penyempurnaan dalam penyusunan KUHP Baru mendatang. Harapan ini adalah sesuai dengan kebijakan penyusunan RUU KUHP Baru yang akomodatif dan responsif terhadap kontribusi dari berbagai macam sumber bahan termasuk bahan hukum agama Islam, dimana dasar-dasar yuridis tentang kebijakan tersebut telah diuraikan terdahulu dalam Bab II Sub C dan D.

B. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Pertanggungjawaban Pidana

B.1. Konsep Hukum Islam tentang Pertanggungjawaban Pidana

Menurut Abdul Qodir 'Audah, pengertian pertanggung jawaban pidana dalam hukum Islam (*al-mas'uliyah al-jina'iyah*) adalah *an-yahtamila al-insaanu nataaijal af'aali al-muharramaati al-latii ya'tiihaa mukhtaron wahuwa mudrikun lima'aaniihaa wa nataaijahaa*. Artinya pembebanan kepada seseorang atas konsekuensi (akibat hukum) dari suatu perbuatan terlarang (tindak pidana) yang telah dilakukannya dengan suatu keinsyafan dan tiada paksaan.¹²⁷⁾

Berdasarkan arti di atas, maka diperoleh pemahaman bahwa adanya pertanggung jawaban pidana setidaknya harus memenuhi 3 (tiga) syarat, yaitu:

1. Harus nyata-nyata telah terjadi (ada) suatu perbuatan terlarang (tindak pidana) yang dilakukan seseorang
2. Tindak pidana yang terjadi harus dikerjakan atas kemauan pelaku sendiri (bukan karena dipaksa atau terpaksa seperti dalam kasus pembelaan diri).
3. Pelaku tindak pidana harus merupakan orang yang menginsyafi/menyadari atas terlarangnya perbuatan tersebut.

Mengenai syarat pertama bahwa pertanggung jawaban pidana baru dapat dibebankan (dikenakan) kepada seseorang apabila dalam kenyataan orang tersebut benar-benar telah melakukan suatu perbuatan terlarang yang menurut hukum diancam dengan sanksi pidana tertentu, adalah didasarkan atas hadits nabi: *"Innallaaha tajaawaza liummatii 'ammaa waswasat au haddatsat bihi anfusuhaa maa lam ta'mal bihi au*

¹²⁷⁾ Abdul Qodir Audah, *op cit*, hal. 392.

takallam”.¹²⁸⁾ Artinya, sesungguhnya Allah melewatkan (tidak menganggapnya sebagai suatu dosa/tindak pidana yang dapat dituntut hukuman) bagi umatku, sesuatu niat jahat yang masih tersirat dalam hatinya selama belum ia kerjakan dalam bentuk suatu perbuatan nyata atau selama belum ia ucapkan.

Berdasarkan logika keadilan, keharusan bagi adanya syarat pertama di atas adalah wajar. Sebab pertanggung jawaban pidana yang bermuara pada penjatuhan pidana kepada seseorang tersebut ialah harus disebabkan karena ia telah melakukan sesuatu (baik itu berupa perbuatan ataupun ucapan) yang merugikan/melanggar kepentingan/hak tertentu baik bersifat individual maupun public (sosial). Perbuatan demikian (melanggar/merugikan kepentingan tertentu tersebut) adalah sangat wajar apabila pelakunya dibebani tanggung jawab berbentuk pengenaan kerugian pula atas hak/kepentingannya agar tidak terjadi lagi di masa mendatang dan agar ketertiban/kemashlahatan dalam kehidupan bersama dapat tetap terjaga. Dalam hubungan ini Allah SWT menegaskan melalui firman-Nya: “*Wa jazaau sayyiatiin sayyiatur mitsluhaa*” (Q.S. Syura: 40).¹²⁹⁾ Artinya, dan balasan bagi suatu kejahatan (yang telah merugikan suatu kepentingan pihak lain –pen.) adalah kejahatan yang serupa (yakni dikenakan tindakan yang merugikan kepentingan pelaku kejahatan tersebut –pen.). Oleh karena itu, dalam pandangan Islam suatu kejahatan yang masih dalam tahap niat batin pelaku tidak dibebani konsekuensi hukum apapun. Sebab niat saja tersebut, belum atau tidak membawa kerugian apapun kepada suatu kepentingan/hak tertentu. Justru akan melahirkan persoalan ketidakadilan apabila ada

¹²⁸⁾ Hadits Riwayat Muslim dari Sahabat Abu Hurairah.

¹²⁹⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal 789. Ketentuan yang “senada” dengan Q.S. Asy Syura ayat 40 di atas juga dapat dijumpai dalam Q.S. Yunus ayat 27.

seseorang dituntut suatu pertanggung jawaban (c.q. berupa pemidanaan), sementara ia tidak melakukan sesuatu apapun yang seharusnya menjadi dasar justifikasi pertanggung jawaban itu sendiri.

Kemudian syarat kedua untuk dapat membebaskan pertanggung jawaban pidana kepada seseorang adalah apabila saat berbuat tindak pidana, seseorang tersebut melakukannya dalam keadaan memiliki hak kebebasan yang penuh. Artinya ia dalam keadaan dapat menentukan pilihan secara bebas untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang pada kenyataannya perbuatan itu adalah merupakan perbuatan terlarang (tindak pidana). Syarat keharusan adanya kebebasan berbuat ini adalah didasarkan atas penegasan Al Qur'an sebagaimana yang difirmankan Allah dalam Surat Al Baqarah ayat 173 yang berbunyi: "*Faman idlthurra ghaira baaghin walaa 'aadin falaa itsma 'alaihi innallaaha ghafuurun rahiem*". Maksudnya, barangsiapa dalam keadaan terpaksa (melakukan suatu perbuatan terlarang) sedangkan ia tidak menginginkannya dan tidak pula melampaui batas, maka tidak ada dosa baginya. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang. Substansi yang sama dengan ajaran Q.S. Al Baqarah: 173 di atas juga dapat ditemukan dalam ketentuan surat dan ayat yang lain yakni Q.S. Al An'am ayat 145 dan Q.S. An Nahl ayat 115.¹³⁰⁾ Di samping itu ada juga sebuah hadits Rasulullah SAW yang menerangkan bahwa tidak ada dosa (akibat hukum sebagai konsekuensi pertanggung jawaban) bagi perbuatan seseorang yang dilakukan karena suatu keterpaksaan yang sedemikian rupa sehingga tidak ada kebebasan memilih

¹³⁰⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal 42, 213 dan 419.

bagi pelaku perbuatan tersebut (*Rufi'a al-qolamu 'an ummatii tsalaatsatun al-khathau wannisyaanu wamastukrihuu 'alaihi*).¹³¹⁾

Secara logika, orang yang melakukan suatu perbuatan karena terpaksa, sesungguhnya bukanlah pelaku sebenarnya dari perbuatan itu. Sebab dalam keadaan terpaksa, orang tersebut hanyalah berkedudukan sebagai alat dari orang lain atau suatu keadaan yang memaksanya tadi. Dalam kerangka pemikiran yang demikian, maka sangat wajar apabila suatu jarimah (tindak pidana) yang dilakukan seseorang karena dalam keadaan terpaksa atau dipaksa sehingga tidak punya kebebasan untuk menentukan sendiri sikapnya, orang tersebut tidak dapat dibebani pertanggung jawaban atas terjadinya tindak pidana tadi. Karena hakekatnya yang memiliki niat melakukan tindak pidana bukanlah dirinya melainkan orang yang memaksanya. Dalam hubungan ini, tepat sekali kiranya sabda Nabi yang menyatakan: "*Innamaa al-a'maalu binniyyati wa innamaa likullin imriin maa nawaa*".¹³²⁾ Artinya, perbuatan-perbuatan itu adalah karena niatnya, dan bagi seseorang adalah apa yang diniatkannya. Berdasarkan hadits di atas dapat disimpulkan bahwa adanya suatu perbuatan yang melawan hukum (tindak pidana) yang dilakukan seseorang tidaklah secara langsung menimbulkan pengenaan suatu pidana terhadapnya. Sebab masih harus dibuktikan pula adanya kehendak/niat dari pelaku perbuatan tersebut.

Kalaupun niat melakukan jarimah (tindak pidana) itu memang ada pada diri pelaku, tetapi apabila hal itu terjadi karena suatu keadaan darurat, maka ia pun tetap terbebaskan dari pertanggung jawaban pidana berdasarkan kaidah umum fiqih yang

¹³¹⁾ Hadits Riwayat Ibnu Maadjah dan Hakim dari Sahabat Abu Hurairah.

¹³²⁾ Hadits Riwayat Buchori-Muslim dari Sahabat Umar Ibnu Khottab.

berbunyi “*Adl-dlaruuratu tubiihu al-mahdhuuraati*”.¹³³⁾ Artinya keadaan darurat membolehkan dilakukannya hal-hal yang terlarang menurut syari’at.. Kaidah ini adalah merupakan cermin/penjabaran dari salah satu ajaran hukum Islam yang esensinya tidak menghendaki adanya kesukaran bagi manusia dalam menjalankan perintah-perintah agama.¹³⁴⁾ Adapun logika dari konsep darurat ini ialah bersandar pada prinsip bahwa hukum tidak boleh mengakibatkan seseorang mengalami kesulitan-kesulitan ataupun hal-hal yang membahayakannya. Karena pada dasarnya hukum adalah untuk menciptakan kemashlahatan dan mencegah kerusakan/kerugian dalam kehidupan manusia (*jalbul mashalihi wa dar’ul mafaasidi*). Oleh karena itu, kewajiban taat terhadap hukum yang dalam keadaan tertentu (c.q. darurat) bisa berubah menjadi bahaya dan menimbulkan akibat-akibat serius, dapat disimpangi dengan pemakaian kaidah darurat ini.¹³⁵⁾

Selanjutnya, syarat ketiga bagi pembebanan pertanggung jawaban pidana pada seseorang ialah orang tersebut saat melakukan tindak pidana harus berada dalam kondisi “*al-idrok*” (orangnya disebut Mudrik). Artinya ia mengetahui/menginsyafi/menyadari tentang terlarangnya perbuatan pidana tersebut. Kesadaran atau keinsyafan ini adalakalanya sampai pada akibat yang nyata-nyata terjadi oleh perbuatan terlarang yang dilakukannya (sering disebut dengan istilah “sengaja”). Namun, adakalanya juga keinsyafan tersebut hanya sebatas pada terlarangnya perbuatan untuk dilakukan, tidak pada akibat dari perbuatan terlarang yang terjadi

¹³³⁾ As-Suyuthi, op cit (Al-Asybah ...), hal. 60.

¹³⁴⁾ Ajaran hukum Islam di atas oleh Allah diisyaratkan dalam Al Qur’an diantaranya pada Q.S. Al Baqarah: 185.

¹³⁵⁾ Muhammad Muslehuddin, “*Hukum Darurat Dalam Islam*”, Pustaka, Bandung, 1985, hal. 56.

(sering disebut dengan istilah “alpa/lalai”). Jadi dasar ketercelaan orang yang demikian ialah karena kelalaiannya/kekurang hati-hatiannya sehingga terjadi tindak pidana yang merugikan pihak tertentu. Dalam konteks syarat ketiga ini, dapat dikatakan bahwa pelaku tindak pidana agar dapat dipertanggung jawabkan atas perbuatannya haruslah merupakan seseorang yang berakal dan dewasa. Sebab orang yang tidak berakal (seperti orang gila misalnya) dan orang yang tidak/belum dewasa (misalnya anak kecil), adalah orang-orang yang tidak menginsyafi secara benar atau sempurna terhadap perbuatan yang dilakukannya termasuk akibat yang ditimbulkannya. Dengan kata lain, orang-orang tersebut merupakan golongan orang-orang yang tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab.

Secara lebih terperinci, dalam sebuah hadits Nabi Muhammad S.A.W pernah menjelaskan orang-orang dalam kategori di atas sebagai berikut : “*Rufi’a al-qolamu ‘an tsalaatsin: ‘aninnaaimi hattaa yastaiqadha, wa ‘anish-shabiyyi hattaa yablughu wa ‘aniljunuuni hattaa yafiiqa*”. Artinya : pena itu diangkat dari seseorang (dalam arti amal seseorang tidak ditulis/tidak dianggap mempunyai akibat hukum) dalam tiga perkara, yaitu orang yang tidur sehingga ia bangun, anak yang masih kecil sehingga ia dewasa dan orang yang gila sehingga ia sadar kembali (sembuh).¹³⁶⁾

Ketiadaan kemampuan bertanggung jawab atas orang-orang tersebut di atas adalah karena menurut konsep Islam mereka merupakan orang-orang yang tidak berakal. Padahal syarat mutlak seseorang dapat diterapi suatu aturan hukum (taklif) ialah ada dan berfungsinya akal dalam diri orang tersebut sehingga mampu berfikir

¹³⁶⁾ Hadits Riwayat Imam Akhmad dari istri Nabi ‘Aisyah r.a

untuk menyadari dan membedakan antara yang benar dan yang salah, yang baik dan yang buruk.¹³⁷⁾

Berdasarkan hadits di atas, golongan pertama yang dianggap tidak mampu bertanggung jawab sehingga tidak dapat dipersalahkan (dicelakan) atas tindak pidana yang dilakukannya ialah orang yang sedang tidur. Artinya, orang yang sedang tidur ataupun dalam keadaan terjaga tetapi tidak disadari olehnya, apabila ia melakukan perbuatan yang merupakan tindak pidana seperti berbicara “kesana kemari” yang bersifat memfitnah seseorang (dalam bahasa Jawa biasa disebut “nglindur”), maka perbuatan tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, dan oleh karenanya ia pun tidak dapat dihukum. Hal demikian ini karena saat perbuatan dilakukan, akal pikirannya sebagai pengendali perbuatan tidak sedang berfungsi. Jadi dengan demikian, implikasi yuridis berupa tidak adanya pertanggungjawaban pidana atas perbuatan yang dilakukan oleh orang yang sedang tidur tersebut, tentu terlebih dulu harus dapat dibuktikan bahwa hal itu dilakukan benar-benar tanpa kesadaran dan dalam keadaan tidur.

Kemudian golongan kedua yaitu “*Ash-shobiy*” atau anak-anak (orang yang belum dewasa). Masalah kedewasaan adalah berkait erat dengan masalah ada dan berfungsinya akal seseorang yang merupakan syarat taklif (pembebanan pemberlakuan hukum Islam). Hal ini karena didasarkan atas suatu asumsi bahwa dewasa ialah batas kondisi kejiwaan (akal) seseorang yang sudah dianggap matang (berfungsi) untuk berkemampuan dalam membedakan hal-hal yang benar dan hal-hal

¹³⁷⁾ Muhammad bin Ismail Al-Kahalani, *Subulus Salam*, Al-Mujallidu Ats-Tsalits, Mesir, 1960, hal. 181. Al-Kahalani sering pula disebut dengan nama lain A-Shan'aany.

yang salah. Oleh karena itu, maka masalah dewasa atau sering pula disebut dengan istilah “*baligh*”, dalam hubungannya dengan pembahasan berbagai macam cabang hukum (syari’at) Islam selalu bersanding dengan masalah “berakal” sebagai dua syarat utama (selain syarat al-Islam) bagi terjadinya taklif tersebut. Dalam hubungan ini, lebih jauh Musthofa Diebul Bigho menjelaskan : “*Idzajtama’at haadzihil umuru ats-tsalaatsatu al-madzkuuratu (ai al-islamu wal-buluughu wal-‘aqlu), wajada at-takliefu bis-shalaati wa ghoiriha min furu’is-syari’ati, wa idza lam taj tami’ intafa at-takliefu*”. Artinya, taklif hukum (syariat) Islam baru ada (terjadi) ialah apabila telah berkumpul tiga hal yang merupakan syarat (yaitu Islam, baligh, dan berakal), baik dalam masalah pembebanan kewajiban hukum sholat maupun masalah-masalah yang lainnya yang ada dalam berbagai cabang syari’at (hukum) Islam. Sebaliknya, apabila tiga hal tersebut atau salah satunya tidak ada, maka tidak ada pula taklif.¹³⁸⁾

Adapun mengenai batas seseorang mulai bisa disebut dewasa sehingga perbuatannya dinilai memiliki implikasi-implikasi hukum sebagai konsekuensi, dalam wacana fiqih terdapat beberapa pendapat yang sebagian besar mengacu pada perspektif biologis (c.q. segi umur/usia). Ada yang mengatakan, secara umum seorang anak telah disebut dewasa apabila telah mencapai usia dua belas tahun. Ada pula yang berpendapat dengan secara terperinci bahwa untuk anak perempuan, cukup umur atau dewasa ialah apabila telah mencapai usia lima belas tahun dan telah tumbuh bulu-bulu hitam yang keriting pada seputar ari-ari atau secara fisio-biologis telah mengalami haidl (menstruasi). Sedangkan untuk anak laki-laki adalah apabila

¹³⁸⁾ Musthofa Diebul Bigho, *At-Tadzhib fi Adillati Matnil Ghoyati wat-Taqrīb*, Muassasah ‘Uluumul Qur’an, Beirut, 1983, hal. 44.

telah mencapai usia lima belas tahun atau telah mengalami "*Ihtilam*" (bermimpi berhubungan dengan perempuan) dengan telah mengeluarkan "*nuthfah*" (sperma).¹³⁹⁾

Meskipun konseptualisasi Islam tentang adanya kedewasaan seorang anak di atas hampir merupakan *ijma'* (keepakatan sebagian besar) ulama ahli fiqih, namun karena indikatornya masih cenderung bersifat fisio-biologis, maka generalisasi konsepnya sangat dapat dipermasalahkan. Terlebih lagi apabila masalah kedewasaan tersebut dihubungkan dengan konteks kehidupan anak pada era globalisasi informasi seperti sekarang ini. Dalam era di mana arus informasi yang sangat beragam dan tanpa seleksi dapat di akses oleh setiap orang dari berbagai macam tingkatan usia khususnya di perkotaan-perkotaan, baik melalui media cetak (seperti tabloid, koran, dan lain-lain) maupun elektronik (seperti televisi, internet, dan lain-lain) adalah tidak mustahil akan melahirkan suatu generasi muda yang mengalami "*kedewasaan prematur*". Artinya, anak yang meskipun dari segi usia belum memenuhi batasan-batasan indikatorik sebagai orang dewasa, tetapi sikap dan perilakunya akibat pengaruh globalisasi informasi tersebut bisa jadi sudah seperti orang dewasa pada umumnya. Bahkan karena belum adanya kematangan jiwa dalam menerima dan mengolah pengaruh eksternal tersebut, sikap dan perilaku orang dewasa yang ditiru anak-anak yang mengalami kedewasaan prematur di atas lebih cenderung bersifat negatif (*deviance*).¹⁴⁰⁾

Dalam hubungannya dengan permasalahan di atas, maka menurut Syamsul Anwar, seharusnya ukuran untuk menilai kedewasaan seorang anak selain hal-hal

¹³⁹⁾ Muhammad bin Ismail Al-Kahalani, *Op.cit*, hal. 181.

¹⁴⁰⁾ Publikasi media massa tentang banyaknya anak-anak perkotaan usia SD atau SLTP yang terlibat berbagai macam tindak kriminal seperti pembunuhan, perkosaan, perkelahian massal dan lain-lain adalah realitas sosial yang cukup relevan untuk menggambarkan fakta perilaku negatif anak-anak yang dewasa prematur.

yang bersifat fisio-biologis di atas juga perlu di dasarkan pada indikator adanya kematangan jiwa pada anak tersebut. Kematangan jiwa atau yang sering pula disebut “*Mumayyiz*” ini adalah suatu kondisi psikologis seseorang yang sudah mampu membedakan antara hal-hal yang benar dan hal-hal yang salah menurut norma-norma tertentu yang diyakini.¹⁴¹⁾

Berdasarkan konsep *mumayyiz* sebagai unsur komplementer dalam menilai kedewasaan seorang anak di atas, maka sangat dimungkinkan akan terjadi seorang anak belum mencapai usia biologis dua belas atau lima belas tahun, namun akal dan jiwanya sudah cukup matang seperti orang dewasa (banyak terjadi pada anak-anak di perkotaan). Sebaliknya sangat dimungkinkan pula akan terjadi seorang anak yang sudah mencapai usia dua belas atau lima belas tahun bahkan lebih, namun akal dan jiwanya belum menunjukkan kematangan seperti orang dewasa (banyak terjadi pada anak-anak dipedalaman yang biasanya menggunakan ukuran dewasa secara adat yakni dengan konsep yang biasa disebut dengan istilah “kuwat gawe”/sudah berumah tangga yang rata-rata pada usia 21 tahun).

Terlepas dari adanya perbedaan wacana tentang indikator kedewasaan seorang anak di atas, yang pasti ialah konsep Islam mengajarkan bahwa sebelum batas kedewasaan dicapai seseorang, maka ia belum dapat dikatakan sebagai mukallaf (orang yang dapat dibebani tanggung jawab hukum Islam sebagai konsekuensi atas tindakan yang dilakukannya), mengingat belum berfungsinya akal

¹⁴¹⁾ Wawancara peneliti dengan nara sumber ahli hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A tanggal 20 Juni 2000.

dan kejiwaannya secara sempurna yang diperlukan untuk mengendalikan perbuatannya.

Selanjutnya golongan ketiga dari orang-orang yang tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab berdasarkan hadits riwayat Imam Ahmad di atas ialah orang gila. Dalam wacana teori/doktrin fiqih, seseorang yang disebut gila itu ialah orang yang mengalami ketergangguan pikiran, sehingga perbuatan dan perkataannya tidak berjalan menurut landasan pikiran yang logis (*Al-Junuunu huwa ikhtilaalul 'aqli bihaitsu yamna'u juryaanil af'aali wal aqwaali 'alaa nahjil 'aqli*).¹⁴²⁾ Dalam bahasa yang lebih sederhana, Abdul Qodir 'Audah mendefinisikan gila itu ialah hilangnya atau rusaknya atau lemahnya aqal seseorang (*Al-junuunu biannahu zawaalul aqli awikhtilaalihi aw dli'fihi*).¹⁴³⁾

Berdasarkan definisi-definisi di atas dapat dipahami bahwa ketiadaan pertanggungjawaban pidana atas orang gila adalah karena akal pikirannya tidak lagi berfungsi sebagaimana mestinya sehingga tindakan-tindakannya tidak lagi berdasarkan pertimbangan-pertimbangan akal yang seharusnya. Baik tidak berfungsinya akal tersebut karena hilang atau rusak atau lemah disebabkan oleh suatu penyakit psikiatri misalnya.

Secara kategoris, kondisi gila seseorang dapat dibedakan ke dalam dua kelompok, yaitu pertama gila yang bersifat terus menerus (*Al-Junuunul Muthobbiq*). Penderita gila ini keadaannya tidak bisa berpikir sama sekali selama hidupnya. Dengan kata lain akalnya sudah hilang karena syaraf-syaraf otaknya sudah rusak

¹⁴²⁾ Al-Jurjani, *At-Ta'rifat*, Maktabatul Mishri, tanpa tahun, hal. 80.

¹⁴³⁾ Abdul Qodir Audah, *Op.cit*, Jilid I, hal. 585.

total. Kedua, gila yang bersifat temporer (*Al-Jununul Munqothi*'), yaitu gila yang sifatnya tidak terus menerus dalam artian adakalanya pada suatu saat penderita sehat akal pikirannya, tetapi pada saat tertentu yang lain penyakitnya bisa timbul kembali. Apabila pada waktu sehat pikirannya (dengan bukti peradilan tentunya) ia melakukan suatu tindak pidana, maka ia tetap dapat dituntut pertanggung jawaban pidananya.¹⁴⁴⁾

Konseptualisasi pertanggungjawaban pidana terhadap orang gila di atas adalah berbeda dibandingkan dengan terhadap orang mabuk. Berdasarkan Al-Qur'an Surat An-Nisa' ayat 43 yang artinya: "*Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengerjakan sholat padahal kamu dalam keadaan mabuk, hingga kamu mengerti betul apa yang kamu ucapkan*", sebagian besar ulama menafsirkan bahwa orang mabuk itu ialah orang yang tidak memahami ucapan atau tindakannya karena kehilangan kesadaran akalnya disebabkan oleh minum minuman keras.¹⁴⁵⁾

Berdasarkan arti di atas, maka orang mabuk adalah orang yang tidak mukallaf (tidak dapat dibebani pertanggungjawaban hukum) karena ia kehilangan kesadaran akalnya tersebut. Padahal adanya kesadaran akal adalah syarat utama bagi adanya taklif hukum (orangnya disebut mukallaf).

Namun demikian berkait dengan konseptualisasi hukum tentang orang mabuk ini, perlu dikemukakan bahwa dalam kenyataan gradasi dan kondisi mabuk tidaklah

¹⁴⁴⁾ *Ibid.* Pandangan di atas sedikit berbeda menurut Syarbini Khatib yang dalam kitabnya *Mughil Muhtaj ilaa Ma'rifati Ma'ani Alfadzil Minhaj 'alaa Matni Minhaji An-Nawawi*, Jilid III, Kairo-Mesir, 1958, hal 54, menyatakan bahwa pengertian sehat atau sembuhnya akal seseorang yang gila ialah harus bersifat tetap. Jadi, apabila tindak pidana dilakukan pada saat-saat sembuh/sehat, tetapi kemudian ia gila lagi, maka tidak berarti pertanggung jawabannya telah kembali dan oleh karena itu ia tetap tidak dapat dipersalahkan atas tindak pidana yang diperbuatnya itu.

¹⁴⁵⁾ Lihat pendapat Abu Hanifah atau Abu Yusuf dalam Abdul Qodir Audah, *Ibid*, hal. 583. Lihat pula Abil Fida' Ismail bin Katsir dalam *Tafsirul Qur'anil 'Adhiem*, Isa Baabi Al-Halabi, Mesir, Jilid I, tanpa tahun, hal 500. Demikian juga lihat Rasyid Ridlo dalam *Tasriful Qur'anil Hakim*, Jilid V, Maktabul Qohirah, Mesir, tanpa tahun, hal. 113.

sama untuk setiap orang. Artinya adakalanya orang mabuk lalu kehilangan kesadaran akal nya sama sekali, tetapi adakalanya pula orang dalam keadaan mabuk namun masih bisa menyadari tentang ucapan atau tindakannya. Dalam kondisi yang kedua, maka pemabuk tersebut tetap merupakan mukallaf (dapat dituntut pertanggungjawaban hukum atas tindak pidana yang dilakukannya). Jadi dengan kata lain kondisi mabuk yang bisa menghilangkan kemampuan bertanggung jawab seseorang ialah apabila dengan mabuknya itu, orang tersebut betul-betul dapat dibuktikan telah kehilangan kesadaran akal pikirannya. Disamping itu, kaitannya dengan pertanggungjawaban pidana orang mabuk ini juga perlu dipahami apakah menjadi mabuknya itu memang dengan sengaja dikehendaki ataukah karena sesuatu hal yang sama sekali tidak disengaja/dikehendakinya. Misalnya, orang mabuk akibat mengkonsumsi suatu makanan yang tidak diketahuinya bahwa itu memabukkan atau orang mabuk karena dipaksa orang lain untuk minum khamr misalnya sehingga ia mabuk. Dalam kondisi yang kedua ini, maka tindak pidana yang dilakukannya tidak akan membawa implikasi adanya pertanggung jawaban pidana. Tetapi dalam kondisi yang pertama (mabuk yang memang dengan sengaja dikehendaki), maka apabila ia melakukan suatu tindak pidana, ia tetap dapat dipertanggung jawabkan secara hukum sebagai pembuat. *Reasoning*-nya ialah bahwa prinsip dalam syari'at hukum Islam itu melarang tindakan apapun yang dapat merugikan/merusak diri atau orang lain. Sengaja mabuk adalah tindakan merusak kesucian akal pikirannya sendiri. Oleh karena itu apabila ada pandangan hukum yang menganggap pelaku tindak pidana karena mabuk yang disengaja adalah bebas dari pertanggung jawaban hukum, hal

demikian akan sama artinya dengan membuka peluang seluas-luasnya bagi orang-orang tertentu untuk mencari kesempatan berbuat jahat dengan memabukkan diri.¹⁴⁶⁾

Kembali kepada permasalahan utama di depan yakni syarat ketiga dari pertanggung jawaban pidana yang berupa harus adanya al-idrak dalam diri pelaku jarimah (tindak pidana) di atas, menurut Hanafi,¹⁴⁷⁾ pada prinsipnya hukum Islam tidak mengenal konsep pertanggung jawaban pidana oleh subyek hukum selain manusia (seperti badan hukum/korporasi yang dikenal dalam sistem hukum pidana barat dewasa ini). Walaupun badan-badan hukum (syakhshun ma'nawi) ini dianggap mempunyai hak-hak milik dan pihak lain dapat mengadakan tindakan-tindakan tertentu terhadapnya, akan tetapi badan hukum tetap tidak bisa dibebani pertanggung jawaban pidana. Sebab konsep dasar pertanggung jawaban harus didasarkan atas adanya pengetahuan/keinsyafan (al-idrak) terhadap perbuatan yang dilakukannya beserta adanya kebebasan memilih saat melakukannya. Sedangkan kedua hal ini tidak terdapat pada badan-badan hukum. Adapun bila terjadi perbuatan-perbuatan terlarang yang keluar (dilakukan) oleh orang-orang yang bertindak atas nama dan untuk badan hukum tersebut, maka orang-orang itulah yang bertanggung jawab atas perbuatannya.

Dalam hukum pidana Islam, sebagai implikasi dari syarat-syarat tentang adanya pertanggung jawaban pidana tersebut, juga ditegaskan suatu prinsip bahwa seseorang tidak bertanggung jawab kecuali terhadap jarimah (tindak pidana) yang telah dilakukannya sendiri. Dengan kata lain, seseorang tidak boleh dibebani

¹⁴⁶⁾ Wawancara peneliti dengan nara sumber ahli hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A. tanggal 20 Juni 2000. Inti pandangan di atas juga dapat dilihat dalam Haliman, *Op.cit*, hal. 223-224.

¹⁴⁷⁾ Ahmad Hanafi, *op cit*, hal. 55.

pertanggung jawaban atas tindak pidana yang dilakukan orang lain bagaimanapun dekatnya tali kekeluargaan atau tali persahabatan antara keduanya. Prinsip ini didasarkan atas firman Allah yang antara lain dalam Q.S. Al-An'am ayat 164 dinyatakan: "*Wala taziru waaziratin wizra ukhraa*". Artinya, dan seseorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain. Maksudnya ialah tiap-tiap orang itu memikul tanggungjawab atas dosa-dosanya (baca perbuatan ma'shiyatnya/tindak pidana yang dilakukannya) sendiri-sendiri. Selain itu, penegasan tentang prinsip pertanggung jawaban personal ini juga ditandakan lagi oleh Allah dalam beberapa surat dan ayat yang lain dari Al Qur'an, seperti Q.S. Fathir ayat 18, An-Najm ayat 39, Fussshilat ayat 46 dan An-Nisa' ayat 123.¹⁴⁸⁾ Bahkan secara lebih jelas dalam sebuah hadits, Nabi SAW antara lain juga pernah menyatakan: "*Laa yu'khdzurrajulu bi jariirati abiihi wa laa bi jariirati akhihi*". Artinya seseorang tidak dihukum karena perbuatan ayahnya atau perbuatan saudaranya.

Bertolak dari keseluruhan uraian mengenai arti dan dasar pertanggung jawaban pidana di atas dapat disimpulkan bahwa menurut pandangan Islam, seseorang baru dapat dituntut pertanggung jawaban pidana atau dengan kata lain dapat dikenai suatu ancaman pidana sebagai bentuk/wujud pertanggung jawaban atas jarimah (tindak pidana) yang dilakukannya adalah apabila saat melakukan jarimah tersebut ia dalam kondisi sebagai orang yang patut dicela/patut dipersalahkan. Hal demikian ini tercermin, pada syarat kedua dan ketiga dari adanya pertanggung jawaban pidana. Maksudnya, kondisi dimana orang tersebut menyadari tentang terlarangnya

¹⁴⁸⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama Republik Indonesia, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal. 217, 698, 874, 780 dan 142.

suatu perbuatan untuk dilakukan dan ia juga dalam kondisi bebas untuk menentukan pilihan antara melakukan atau tidak melakukan, namun pada kenyataan akhirnya ia justru memilih melakukan perbuatan terlarang tersebut, maka pilihan demikian inilah yang menjadikan ia patut dicela/dipersalahkan. Implementasi pembebanan kesalahan seseorang tersebut, dalam hukum pidana dibingkai dalam bentuk penjatuhan suatu sanksi pidana. Oleh karena itulah maka dikenal doktrin yang merupakan asas prinsipil dalam hukum pidana yaitu bahwa “tidak ada pidana tanpa kesalahan” (Geen Straf Zonder Schuld).

B.2. Konsep Rancangan KUHP Baru tentang Pertanggungjawaban Pidana

Rancangan KUHP Baru pasal 34 mendefinisikan konsep pertanggungjawaban pidana sebagai *“diteruskannya celaan yang obyektif ada pada tindak pidana berdasarkan ketentuan hukum yang berlaku dan secara subyektif kepada pembuat yang memenuhi syarat-syarat dalam peraturan perundang-undangan untuk dapat dikenai pidana karena perbuatannya itu.”*¹⁴⁹⁾

Berdasarkan rumusan pasal di atas, dapat diketahui bahwa menurut R-KUHP Baru, terjadinya pertanggungjawaban pidana setidaknya harus memenuhi 2 (dua) syarat pokok. *Pertama*, secara obyektif (riil/nyata) harus benar-benar telah terjadi suatu perbuatan terlarang yang merupakan tindak pidana. *Kedua*, secara subyektif, orang yang melakukan tindak pidana harus benar-benar merupakan orang yang patut dicela karena tindak pidana yang dilakukannya tersebut. Dalam perspektif teori,

¹⁴⁹⁾ Naskah R-KUHP Baru Tahun 1991/1992 yang telah disempurnakan oleh Tim Kecil sampai dengan tanggal 31 Maret 1993. Ketentuan di atas, dalam Naskah R-KUHP Baru Tahun 1999./2000 termuat dalam pasal 31.

pelaku tindak pidana yang patut dicela itu seringkali disebut dengan istilah pelaku yang patut dipersalahkan atau mempunyai kesalahan. Dengan demikian dalam masalah pertanggungjawaban pidana ini, secara prinsip R-KUHP Baru mengakui dan sekaligus mengikuti asas “*green Straf Zonder Schuld*” (tiada pidana tanpa kesalahan).

Pengakuan terhadap eksistensi asas di atas ditegaskan secara eksplisit dalam rumusan pasal 35 R-KUHP Baru yang berbunyi : “*Tiada pidana tanpa kesalahan adalah asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat karena telah melakukan tindak pidana*”.¹⁵⁰⁾ Pengertian pasal ini menunjukkan bahwa seorang tidak dapat dipidana apabila ia tidak mempunyai kesalahan. Jadi tindak pidana yang dilakukan tidak secara otomatis menimbulkan konsekuensi dapat dipidanya si pelaku.

Menurut Barda Nawawi Arief,¹⁵¹⁾ eksplisitas asas kesalahan dalam rumusan formal tersebut adalah bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan mono-dualistik yang diikuti oleh konsep R-KUHP Baru. Konsep memandang bahwa asas kesalahan (yang lebih cenderung memperhatikan pelaku delik-pen.) adalah pasangan dari asas legalitas (khususnya legalitas material yang lebih cenderung memperhatikan kepentingan umum-pen.).

Dengan demikian implementasi asas kesalahan mengandung makna bahwa kepastian ada tidaknya ppidanaan terhadap seorang pelaku tindak pidana masih harus dibuktikan apakah pada diri orang tersebut (saat melakukan tindak pidana)

¹⁵⁰⁾ Ibid. Dalam R-KUHP Baru Tahun 1999/2000 ketentuan mengenai asas kesalahan di atas termaktub dalam pasal 32 ayat (1).

¹⁵¹⁾ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, hal 95.

terdapat hal-hal yang menjadikannya tercela (patut dipersalahkan) ataukah tidak ?

Dalam hal ini, R-KUHP Baru mengkonsepkan beberapa hal sebagai kriteria atau unsur untuk menentukan ada tidaknya kesalahan sebagai berikut :

1. Apabila saat terjadi tindak pidana orang tersebut melakukannya dengan secara sengaja atau karena kealpaannya (vide pasal 40).¹⁵²⁾
2. Apabila orang yang melakukan tindak pidana tersebut memiliki kemampuan bertanggung jawab atas perbuatannya (tidak menderita gangguan jiwa atau berpenyakit jiwa atau retardasi mental – vide pasal 38-39).¹⁵³⁾
3. Apabila pada tindak pidana yang terjadi maupun pada orang yang melakukan tindak pidana tersebut tidak terdapat hal-hal yang merupakan alasan pembeda maupun alasan pemaaf.¹⁵⁴⁾

Berkaitan dengan kriteria/unsur pertama, pada dasarnya R-KUHP Baru menegaskan konsep pemikiran bahwa sesungguhnya tindak pidana yang terjadi secara sengaja yang patut dicelakan/dipersalahkan terhadap pelakunya. Sedangkan yang terjadi karena kealpaan seseorang, pencelaannya harus didasarkan pada adanya penegasan dalam peraturan perundang-undangan. Pasal 40 ayat (2) R-KUHP Baru berbunyi : “Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menetapkan

¹⁵²⁾ Dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000, Ketentuan mengenai masalah kesengajaan dan kealpaan diatur dalam pasal 33.

¹⁵³⁾ Ketentuan mengenai masalah Kemampuan Bertanggung Jawab di atas, dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000 di atur dalam pasal 34-35.

¹⁵⁴⁾ RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992 hanya mengatur masalah hal-hal yang merupakan “Alasan Pemaaf” (vide pasal 41-44). Oleh karena itu dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000 diadakan penyempurnaan pengaturan sehingga mencakup baik hal-hal yang merupakan alasan pemaaf maupun hal-hal yang merupakan alasan pembeda (vide pasal 36-43).

secara tegas bahwa suatu tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana".¹⁵⁵⁾

Berdasarkan rumusan pasal di atas dapat disimpulkan bahwa sesungguhnya setiap tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan selalu dianggap harus dilakukan dengan sengaja apabila pelakunya akan dipertanggungjawabkan. Jadi, pada dasarnya setiap tindak pidana (delik) adalah delik sengaja, walaupun unsur "sengaja" tersebut tidak dicantumkan secara eksplisit dalam perumusan suatu pasal tentang tindak pidana. Hal demikian ini karena sesungguhnya "sengaja" adalah unsur mutlak atau syarat umum bagi adanya pertanggung jawaban pidana. Oleh karena itu implikasinya ialah apabila dalam hal-hal tertentu seseorang dipandang patut juga dipertanggung jawabkan (dipersalahkan) atas tindak pidana yang dilakukannya karena kealpaan, maka kealpaan tersebut dinilai sebagai "syarat khusus" yang harus dicantumkan secara tegas dalam perumusan pasal tentang tindak pidana itu.¹⁵⁶⁾

Selanjutnya berkaitan dengan kriteria/unsur kedua tentang kesalahan yakni adanya kemampuan bertanggung jawab dalam diri pelaku tindak pidana, tampaknya R-KUHP Baru masih mempertahankan konsep pemikiran yang ada dalam KUHP sekarang (W.v.S- N.I) sebagaimana terlihat dalam ketentuan pasal 44, meskipun juga terdapat beberapa perubahan sebagai penyempurnaan.¹⁵⁷⁾ Pengaturan tentang

¹⁵⁵⁾ Rumusan yang sama dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000 dinyatakan dalam pasal 33 ayat (2).

¹⁵⁶⁾ Lihat penjelasan pasal 40 ayat (2) R-KUHP Baru Tahun 1991/1992 (1993 setelah disempurnakan).

¹⁵⁷⁾ Maksudnya perumusan konsepnya dalam aturan pasal bersifat deskriptif normatif, yaitu menyebutkan sebab-sebab tidak dapat dipertanggung jawabkannya tindak pidana yang dilakukan seseorang dan menentukan pula akibatnya yaitu dianggap tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab.

kemampuan bertanggung jawab ini, dalam R-KUHP Baru dirumuskan dalam dua ketentuan pasal yaitu :

Pasal 38

“Barangsiapa melakukan tindak pidana yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya karena menderita gangguan jiwa, atau penyakit jiwa atau retardasi mental tidak dipidana dan dapat dikenakan tindakan”.

Pasal 39

“Apabila si pembuat pada waktu melakukan tindak pidana ternyata kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa atau penyakit jiwa atau retardasi mental, maka hakim dapat mengurangi pidana yang berlaku baginya atau mengenakan tindakan kepadanya”.¹⁵⁸⁾

Apabila dibandingkan dengan KUHP yang sekarang berlaku (pasal 44), kedua rumusan pasal dalam R-KUHP Baru di atas lebih memberikan kejelasan tentang spesifikasi penyakit jiwa yang menjadi dasar tidak dapat dipertanggungjawabkannya seorang pelaku tindak pidana karena tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab. Spesifikasi penyakit jiwa dalam pasal 38 R-KUHP tersebut ialah berupa gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental. Selain itu konsep R-KUHP Baru juga menegaskan dimungkinkannya pelaku tindak pidana yang berkait dengan berbagai spesifikasi kondisi kejiwaan tersebut sehingga kurang dapat dipertanggungjawabkan, tetapi tetap dapat dijatuhi pidana sekalipun dikurangi, disamping pengenaan tindakan.

¹⁵⁸⁾ Dua ketentuan pasal di atas, dirumuskan kembali dengan redaksi yang berbeda tetapi substansinya sama yakni dalam pasal 34 dan 35 RUU-KUHP Baru tahun 1999/2000.

Dalam penjelasan kedua rancangan pasal di atas disebutkan bahwa yang dimaksud dengan gangguan jiwa atau penyakit jiwa yang berakibat tidak dapat dipertanggung jawabkannya suatu tindak pidana yang dilakukan seseorang ialah sesuatu perubahan pada fungsi jiwa yang menyebabkan adanya gangguan pada kesehatan jiwa. Gangguan tersebut sedemikian rupa sehingga si pelaku tidak mampu untuk memaksudkan tujuan tindakannya secara sadar, tidak mampu untuk mengarahkan kemauannya dan tidak mampu untuk memahami serta menginsyafi tentang sifat melawan hukum dari tindakannya. Adapun yang dimaksud dengan retardasi mental ialah suatu keadaan yang memenuhi tiga kriteria, yaitu: (1) karena retardasi mental maka fungsi intelektual umum berada di bawah rata-rata yang cukup berarti (I.Q di bawah 70), (2) retardasi mental yang berakibat ketidakmampuan untuk memenuhi norma berdikari dan tanggung jawab sosial sesuai dengan usia dan lingkungan budaya, (3) retardasi mental yang timbul di bawah usia delapan belas tahun.

Selanjutnya, berkait dengan kriteria/unsur ketiga, tentang kesalahan, R-KUHP Baru menegaskan beberapa pemikiran sebagai berikut. Pertama, ada beberapa hal yang bisa disebut sebagai indikator adanya alasan pemaaf sehingga pelaku suatu tindak pidana tidak dapat dipersalahkan (dimaafkan) dan tidak dijatuhi pidana, yaitu:

1. Melakukan tindak pidana karena suatu error (tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau berkeyakinan bahwa perbuatan yang dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana).
2. Melakukan tindak pidana karena daya paksa.

3. Melakukan tindak pidana karena pembelaan terpaksa yang melampaui batas, yang langsung disebabkan kegoncangan jiwa yang hebat karena serangan seketika atau ancaman serangan yang segera.
4. Melakukan tindak pidana karena melaksanakan perintah jabatan tanpa wewenang dimana si pelaku dengan iktikad baik mengira bahwa perintah tersebut diberikan dengan wewenang dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.¹⁵⁹⁾

Kedua, ada beberapa hal yang dikonsepskan dalam R-KUHP Baru sebagai indikator adanya alasan pembenar sehingga tindak pidana yang dilakukan seseorang tidak lagi dianggap bersifat melawan hukum (dibenarkan) yaitu :

1. Tindak pidana yang dilakukan karena melaksanakan peraturan perundang-undangan.
2. Tindak pidana yang dilakukan karena melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh pejabat yang berwenang.
3. Tindak pidana yang dilakukan karena keadaan darurat.
4. Tindak pidana yang dilakukan karena terpaksa dalam rangka pembelaan terhadap serangan seketika atau ancaman serangan segera yang melawan hukum terhadap diri sendiri atau orang lain, kehormatan, kesusilaan, harta benda sendiri atau orang lain.¹⁶⁰⁾

¹⁵⁹⁾ Empat hal yang merupakan alasan pemaaf di atas, tercantum dalam pasal 41-44 RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992 (1993 setelah disempurnakan). Adapun dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000, ketentuan tentang hal yang sama tercantum dalam pasal 36-39.

¹⁶⁰⁾ Empat hal yang merupakan alasan pembenar di atas tidak dirumuskan konsepnya dalam RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992, tetapi terdapat dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000 pasal 40-43.

Beberapa hal yang dikemukakan di atas adalah prinsip-prinsip fundamental tentang pertanggung jawaban pidana menurut konsep R-KUHP Baru yang sesungguhnya telah menjadi “keepakatan umum” dalam wacana teoritis selama ini. Oleh karena itu sebagai refleksi terhadap akomodasi perkembangan pemikiran hukum pidana, disamping prinsip-prinsip fundamental tersebut R-KUHP Baru juga mencantumkan beberapa konsep pemikiran lain yang bahkan bersifat eksepsional atau penyimpangan terhadap prinsip-prinsip fundamental dari pertanggungjawaban pidana itu sendiri. Secara garis besar, prinsip-prinsip eksepsional tersebut adalah :

1. Kemungkinan adanya pertanggungjawaban pengganti (*vicarious liability*).
2. Kemungkinan adanya pertanggungjawaban ketat (*strict liability*).
3. Kemungkinan adanya pertanggungjawaban pidana oleh korporasi sebagai subyek delik.

Konsep pertanggungjawaban pengganti atau *vicarious liability*, dalam R-KUHP Baru dirumuskan dalam pasal 36 yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut: “dalam hal-hal tertentu, orang juga bertanggung jawab atas perbuatan orang lain jika ditentukan demikian oleh peraturan perundang-undangan”.¹⁶¹⁾ Barda Nawawi Arief mendefinisikan *vicarious liability* ini sebagai “the legal responsibility of one person for the wrongful acts of another” (pertanggungjawaban menurut hukum untuk seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan orang lain).¹⁶²⁾ Konsep ini merupakan penyimpangan terhadap konsep “*personal responsibility*” yang menjadi asas fundamental dalam pertanggungjawaban pidana dimana pada umumnya

¹⁶¹⁾ Rumusan tentang konsep *vicarious liability* di atas, dalam RUU-KUHP Baru Tahun 1999/2000 termaktub dalam pasal 32 ayat (2).

¹⁶²⁾ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, CV. Rajawali, Jakarta, 1970, hal 33.

seseorang itu hanya bertanggung jawab atas perbuatannya sendiri. Oleh karena itu, maka apabila seseorang akan dipertanggung jawabkan atas perbuatan orang lain (sebagai penyimpangan terhadap personal responsibility), supaya tidak digunakan secara sewenang-wenang, dalam aplikasinya haruslah di atur dan ditetapkan secara jelas dalam perundang-undangan tentang siapa sajakah dan dalam hal-hal apakah *vicarious liability* tersebut dapat diterapkan.

Sebagaimana disebutkan dalam rancangan interpretasi autentik (penjelasan) pasal 36, bahwa latar belakang yang mendorong konseptualisasi *vicarious liability* adalah adanya keadaan yang berkaitan dengan perkembangan dan kemajuan dalam masyarakat, ilmu pengetahuan, teknologi dan lain-lain yang menjadikan tanggung jawab seseorang dalam hal-hal tertentu memang dipandang patut untuk diperluas sampai kepada tindakan bawahannya yang melakukan pekerjaan untuknya atau dalam batas-batas perintahnya. Dalam hal demikian, memang kenyataannya majikan sama sekali tidak melakukan perbuatan, melainkan bawahannya. Namun dalam kerangka tanggung jawab pidana, maka dipandang ada kesalahan pula pada majikan yakni apabila perbuatan yang dilakukan oleh bawahannya itu merupakan tindak pidana.

Dalam sejarah pertumbuhan asas *vicarious liability* yakni terutama di negara-negara Anglo Saxon dan Anglo American, dan juga berdasarkan rancangan penjelasan pasal 36 R-KUHP Baru di atas diketahui bahwa yang dimaksud dengan "hal-hal tertentu" yang memungkinkan diterapkannya asas tersebut adalah dalam kaitannya dengan "corporate crime" (Kejahatan korporasi). Dalam hubungan ini menurut Hamzah Hatrick, korporasi itu berbuat melalui perantaraan manusia yang

bertindak untuk dan atas namanya sehingga oleh karena itu dalam lalu lintas hukum korporasi dipandang berkedudukan sebagai majikan.¹⁶³⁾ Dalam kerangka pikir ini pulalah R-KUHP Baru juga menegaskan konsep kemungkinan adanya pertanggung jawaban pidana oleh korporasi sebagai subyek delik (akan diuraikan kemudian).

Sementara itu berkenaan dengan deskripsi kongkrit dari implementasi asas *vicarious liability* ini, lebih jauh Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa :¹⁶⁴⁾

- a. Seseorang dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan salah orang lain, ialah dalam hal tindak pidana terhadap “public nuisance” (yaitu suatu perbuatan yang menyebabkan gangguan substansial terhadap penduduk atau menimbulkan bahaya terhadap kehidupan, kesehatan dan harta benda). Jadi, seorang majikan juga bertanggung jawab atas perbuatan pelayan/buruhnya yang berupa public nuisance sekalipun dalam melakukan perbuatannya itu disebabkan si pelayan/buruh tidak mematuhi petunjuk atau perintah majikannya.
- b. Seseorang dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain, apabila ia telah mendelegasikan kewenangannya menurut undang-undang kepada orang lain itu. Jadi harus ada prinsip pendelegasian: (*the delegation principle*).
- c. Seseorang majikan dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan yang secara fisik/jasmaniah dilakukan oleh buruh/pekerjanya, apabila menurut hukum perbuatan buruhnya itu dipandang sebagai perbuatan majikan. Jadi apabila si

¹⁶³⁾ Hamzah Hatrick, *Asas Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia (Strict Liability dan Vicarious Liability)*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hal. 119.

¹⁶⁴⁾ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit*, (Perbandingan), hal. 33-34.

pekerja sebagai pembuat material/fisik (*auctor fisicus*) dan majikannya sebagai pembuat intelektual (*auctor intellectualis*).

Selanjutnya konsep pemikiran kedua dari R-KUHP Baru berkenaan dengan penyimpangan prinsip dasar “tiada pidana tanpa kesalahan” adalah dirumuskannya asas “Strict Liability” (pertanggungjawaban ketat) sebagaimana termaktub dalam pasal 37. Secara lengkap bunyi rumusan pasal 37 ini ialah :

“Sebagai perkecualian dari pasal 35, undang-undang dapat menentukan bahwa untuk tindak pidana tertentu pembuat dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana oleh perbuatannya, tanpa memperhatikan, lebih jauh kesalahan pembuat dalam melakukan tindak pidana tersebut”.¹⁶⁵⁾

Pertanggungjawaban atas perbuatan pidana seseorang dengan implikasi pembedaan tanpa melihat lebih jauh terhadap ada tidaknya kesalahan si pelaku atau “liability without fault” ini, menurut Muladi, merupakan refleksi kecenderungan untuk menjaga keseimbangan kepentingan sosial. Lebih khusus dalam konteks pembedaan terhadap korporasi, implementasi asas ini adalah dilakukan atas dasar demi kepentingan masyarakat, bukan atas dasar kesalahan subyektif.¹⁶⁶⁾ Jadi hampir sama dengan background lahirnya asas *vicarious liability* yang telah diuraikan terdahulu, asas *strict liability* ini juga hanya bisa diterapkan sebagai suatu perkecualian untuk tindak pidana tertentu yang ditetapkan oleh undang-undang

¹⁶⁵⁾ Rumusan tentang konsep *Strict Liability* di atas, dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000 termaktub dalam pasal 32 ayat (3) dengan redaksional yang berbeda, namun substansinya sama.

¹⁶⁶⁾ Muladi, *Fungsionalisasi Hukum Pidana Terhadap Tindak Pidana Korporasi*, Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi, Semarang, Fakultas Hukum UNDIP, 23-24 Nopember 1990.

dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu pula.¹⁶⁷⁾ Dalam hubungan ini Roeslan Saleh juga menyatakan bahwa di dalam praktek, pertanggungjawaban pidana lenyap ialah apabila ada salah satu keadaan-keadaan yang memaafkan. Praktek pula yang melahirkan aneka macam tingkatan keadaan mental yang menjadi syarat peniadaan pengenaan pidana, sehingga lahir suatu kelompok kejahatan yang pengenaan pidananya cukup dengan *strict liability*.¹⁶⁸⁾

Adapun yang dimaksud dengan kelompok kejahatan atau tindak pidana tertentu yang proses pemidanaannya dapat diterapi asas *strict liability* ini, secara formal yuridis memang belum ada dalam ketetapan perundang-undangan pidana Indonesia. Namun memperhatikan *back ground* dan penjelasan lahirnya rancangan pasal tentang asas ini dan juga berbagai pernyataan dari para ahli hukum pidana, dapat diketahui bahwa implementasi asas ini adalah lebih berkait dengan tindak pidana korporasi yang secara luas dan langsung / tidak langsung mengancam kepentingan masyarakat banyak (perhatikan pendapat Muladi di muka). Dalam konteks yang lebih luas dan dengan merujuk pada *common law system* (Inggris), Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa biasanya *strict liability* berlaku terhadap tiga macam kategori delik yakni (a) *public nuisance* (seperti gangguan terhadap ketertiban umum, pencemaran lingkungan dan lain-lain), (b) *criminal libel* (seperti pencemaran nama), dan (c) *contempt of court* (pelanggaran tata tertib pengadilan). Akan tetapi kebanyakan *strict liability* terdapat pada tindak pidana tertentu yang

¹⁶⁷⁾ Lihat Penjelasan pasal 37 RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992 (1993 setelah disempurnakan).

¹⁶⁸⁾ Roeslan Saleh, *Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hal. 21.

diatur dalam undang-undang (*statutory offences*) yang pada umumnya merupakan delik-delik terhadap kesejahteraan umum (*public welfare offences*).¹⁶⁹⁾ Dalam kenyataan, bentuk kongkrit dari *public welfare offences* ini adalah lebih cenderung berujud berbagai macam tindak pidana yang merupakan “corporate crime”/ kejahatan korporasi. Oleh karena dalam R-KUHP Baru dirumuskan pula suatu asas eksepsional yakni dimungkinkannya pertanggungjawaban pidana oleh korporasi sebagai subyek delik, maka penjabaran dari masalah kejahatan korporasi yang dapat diterapi *strict liability* tersebut akan diuraikan sekaligus berikut ini.

Secara prinsip harus dipahami bahwa masalah pertanggungjawaban pidana oleh korporasi adalah sangat berkait erat dengan masalah korporasi sebagai suatu subyek tindak pidana. Dalam hukum pidana Indonesia (c.q. berdasarkan pasal 59 KUHP sekarang / W.v.S-N.I) diketahui bahwa korporasi atau badan hukum tidak dapat dijatuhi pidana (dipertanggungjawabkan) karena tidak dapat melakukan tindak pidana.¹⁷⁰⁾ Pandangan formal yang demikian ini adalah disebabkan karena pada saat dirumuskan, para penyusun KUHP (W.v.S) Belanda (1886) yang kemudian “di-copy” menjadi KUHP Indonesia (W.v.S-N.I) dengan beberapa perubahan, menerima pandangan yang memang populer saat itu yakni asas “Societas/Universitas Delinquere non Potest” (badan hukum/perkumpulan tidak dapat melakukan tindak pidana), sebagai reaksi terhadap pemerintahan absolut sebelum Revolusi Perancis.

¹⁶⁹⁾ Barda Nawawi Arief, *op.cit* (Perbandingan), hal. 28-29.

¹⁷⁰⁾ Pasal 59 KUHP berbunyi : “Dalam peristiwa dimana dijatuhkan pidana terhadap para pengurus, para anggota dari badan pengurus dan para komisaris karena pelanggaran, tidak dikenakan pidana terhadap anggota pengurus dan komisaris, dari siapa ternyata bahwa pelanggaran itu dilakukan tanpa setahu mereka”.

Hal ini berarti bahwa suatu tindak pidana hanyalah dilakukan oleh subyek hukum alamiah yakni manusia (*natuurlijk persoon*).¹⁷¹⁾

Namun, pada perkembangannya kemudian timbul berbagai kesulitan dalam praktek, sebab didalam berbagai tindak pidana khusus, muncul perkembangan pemikiran yang pada dasarnya menganggap bahwa tindak pidana juga dapat dilakukan oleh korporasi, mengingat kualitas keadaan yang hanya dimiliki oleh subyek hukum berupa korporasi atau badan hukum tersebut.

Konseptualisasi badan hukum sebagai subyek hukum timbulnya adalah bermula dari konsep dalam lapangan hukum perdata sebagai kebutuhan untuk menjalankan kegiatan usaha yang diharapkan dapat lebih berhasil. Latar belakangnya adalah untuk menjawab tuntutan perkembangan ekonomi dan bisnis pada zaman revolusi industri yang semakin luas dan kompleks, terutama berkaitan dengan masalah keterbatasan dana untuk pembiayaan industri-industri besar dan masalah pengorganisasian kerja sama antara para pemilik modal dalam menjalankan aktivitas ekonomi dan bisnis. Pada zaman era informasi seperti sekarang ini, perkembangan korporasi telah mencapai tingkat yang sangat mengagumkan. Hampir tidak ada bidang kehidupan manusia yang terlepas dari jaringan korporasi baik yang bersifat nasional maupun internasional. Dengan kekayaan yang besar dan jaringan yang tertata secara sistematis, korporasi memiliki pengaruh yang kuat tidak hanya terhadap masyarakat umum tetapi juga terhadap pemerintahan suatu negara. Dengan berdalih sebagai pembayar pajak terbesar untuk negara, seringkali berbagai jalan

¹⁷¹⁾ Muladi, *Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana dalam Konteks RUU-KUHP*, Makalah pada Forum Debat Publik RUU tentang KUHP, Jakarta, Dep. Keh dan HAM, 27-28 Nopember 2000.

ditempuh untuk mempengaruhi para birokrat dalam kabinet maupun dalam lembaga pemerintah lainnya agar dapat mengeluarkan kebijakan-kebijakan yang menguntungkannya (sesuai dengan interest bisnisnya yang profit oriented). Dalam konteks aset dan kekuasaan besar yang dimiliki korporasi tersebut, di satu sisi keberadaannya memang dapat diandalkan bagi pembangunan ekonomi untuk meningkatkan kesejahteraan hidup masyarakat. Tetapi pada sisi yang lain kehadirannya juga mengandung potensi yang sangat besar bagi terjadinya “corporate crime” yang dapat merugikan negara, masyarakat dan lingkungan hidup.¹⁷²⁾

Kembali kepada konsep hukum, menurut Satjipto Rahardjo, korporasi merupakan badan hasil ciptaan hukum yang unsur-unsurnya terdiri dari *corpus* (struktur fisik) dan *animus* (kepribadian). Oleh karena badan itu merupakan ciptaan hukum, maka kematiannya pun ditentukan oleh hukum.¹⁷³⁾ Dalam konsep hukum, korporasi adalah suatu gabungan orang yang dalam pergaulan hukum bertindak bersama-sama sebagai suatu subyek hukum tersendiri atau suatu personifikasi. Korporasi adalah badan hukum yang beranggota, tetapi mempunyai hak dan kewajiban sendiri terpisah dari hak dan kewajiban anggota masing-masing.¹⁷⁴⁾

Konsekuensi dari konsep hukum di atas yakni korporasi sebagai pemilik hak dan kewajiban, artinya adalah korporasi merupakan subyek hukum seperti halnya subyek hukum berupa manusia alamiah (*natuurlijk persoon*). Dengan demikian korporasi pun dianggap dapat melakukan berbagai macam tindakan hukum baik

¹⁷²⁾ Salman Luthan, *Anatomi Kejahatan Korporasi dan Penanggulangannya*, artikel dalam jurnal Hukum No. 2 vol. I, 1994, hal. 16-17, Fakultas Hukum UII Yogyakarta.

¹⁷³⁾ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1987, hal. 110.

¹⁷⁴⁾ Chaidir Ali dalam Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Badan Hukum*, Alumni, Bandung, 1987, hal 64.

dalam lapangan keperdataan, kepidanaan, ketatanegaraan maupun lapangan-lapangan hukum yang lain.

Dalam lapangan hukum pidana, yang perlu menjadi perhatian dari keberadaan suatu korporasi adalah kemungkinan adanya penyimpangan-penyimpangan perilaku yang bersifat merugikan dan membahayakan masyarakat dalam berbagai bentuk yang berskala luas. Kinerja dan perilaku korporasi yang lebih cenderung *profit oriented*, seringkali merupakan faktor utama yang melahirkan berbagai penyimpangan oleh industri-industri besar, baik itu mengenai pengaturan atau penetapan harga-harga yang sangat sepihak, penghancuran pesaing, penipuan konsumen tentang kelayakan produk yang dipasarkan, pencemaran dan perusakan lingkungan dan lain sebagainya. Oleh karena itu, sebagai langkah responsif terhadap fenomena *corporate crime* tersebut, dalam beberapa peraturan perundang-undangan pidana Indonesia (khususnya di luar KUHP) telah ditetapkan suatu ketentuan yang mengakui korporasi sebagai pelaku tindak pidana (disamping manusia) yang juga dapat dibebani tanggung jawab pidana. Misalnya rumusan yang tercantum dalam ketentuan pasal 15 UU No. 7/Drt/1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi, pasal 17 eks UU No. 11/PNPS/1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi, pasal 49 eks UU No. 9/1976 tentang Narkotika, pasal 5 (1) jo. Pasal 22 eks UU No. 4/1982 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Pengelolaan Lingkungan Hidup, pasal 1 UU No. 31/1999 tentang Tindak Pidana Korupsi dan lain sebagainya.

Responsifitas secara yuridis di atas, sesungguhnya tidak terlepas dari adanya perubahan-perubahan dalam kehidupan masyarakat yang diikuti oleh peningkatan peranan korporasi dalam bidang ekonomi dan bisnis yang memiliki pengaruh besar dan berpotensi destruktif (melahirkan *corporate crime*) sebagaimana telah dikemukakan dalam uraian terdahulu. Dalam persepektif teori, kenyataan fenomena

korporasi di atas pun berpengaruh besar terhadap pandangan-pandangan ahli hukum pidana dan kriminologi dalam hubungannya dengan pengembangan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan berbagai bentuk kejahatan. Sehingga penolakan ppidanaan terhadap korporasi berdasarkan asas "*Societas/Universitas Delinquere non Potest*" sudah mengalami perubahan dengan menerima konsep "*functioneel daderschap*" (ajaran kepelakuan fungsional) yang telah banyak diterima sebagai logika yuridis dalam ppidanaan korporasi.¹⁷⁵⁾

Berkenaan dengan masalah justifikasi teoritik terhadap pemikiran tentang pertanggungjawaban korporasi sebagai pelaku tindak pidana ini, lebih jauh menurut Muladi, dapat didasarkan pada hal-hal sebagai berikut :

1. Atas dasar falsafah integralistik, yakni segala sesuatu hendaknya diukur atas dasar keseimbangan, keselarasan dan keserasian antara kepentingan individu dan kepentingan sosial.
2. Atas dasar asas kekeluargaan dalam pasal 33 UUD 1945.
3. Untuk memberantas *anomi of success* (sukses tanpa aturan).
4. Untuk perlindungan konsumen
5. Untuk kemajuan teknologi.¹⁷⁶⁾

Dalam R-KUHP Baru, perkembangan pemikiran tentang penerimaan konsep bahwa korporasi juga merupakan subyek delik dan dapat dipertanggungjawabkan

¹⁷⁵⁾ *Functioneel Daderschap* adalah suatu doktrin yang mengajarkan bahwa korporasi dianggap telah melakukan tindak pidana dan dapat dipertanggung jawabkan secara pidana (dipersalahkan) yaitu saat orang-orang tertentu (pengurus/bawahan yang terkait dengan korporasi) secara fungsional telah melakukan suatu perbuatan untuk dan atas nama korporasi yang merupakan tindak pidana. Lihat Muladi dalam *Fungsionalisasi Hukum Pidana terhadap Tindak Pidana Korporasi*, Makalah Seminar Nasional Kejahatan Korporasi, Semarang, FH-UNDIP, 23-24 Nopember 1990.

¹⁷⁶⁾ Muladi, *Pertanggungjawaban Badan Hukum dalam Hukum Pidana*, Makalah dalam Ceramah di Universitas Muria Kudus, tanggal 5 Maret 1990.

secara pidana tersebut, dapat dipahami dari bunyi rumusan pasal 45 sampai dengan pasal 50 sebagai berikut :

Pasal 45

“Korporasi merupakan subyek tindak pidana”.

Pasal 46

“Jika suatu tindak pidana dilakukan oleh atau untuk suatu korporasi, maka penuntutan dapat dilakukan dan pidananya dijatuhkan terhadap korporasi itu sendiri, atau korporasi dan pengurusnya, atau pengurusnya saja”.

Pasal 47

“ Korporasi tidak dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana terhadap suatu perbuatan yang dilakukan atas nama atau untuk korporasi, kecuali jika secara khusus memang telah ditentukan bahwa perbuatan tersebut dalam lingkungan usahanya, yang ternyata dari anggaran dasar atau ketentuan-ketentuan lain yang berlaku sebagai demikian untuk korporasi yang bersangkutan”.

Pasal 48

“Pertanggungjawaban pelaksana atas tindakan korporasi dibatasi sedemikian rupa, sejauh pelaksana dalam melakukan perbuatan yang dituduhkan mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi korporasi”.

Pasal 49

(1) “Dalam mempertimbangan suatu tuntutan pidana, hakim secara khusus harus mempertimbangkan apakah bagian hukum lainnya telah

memberikan perlindungan yang lebih berguna dibandingkan dengan dipidanya suatu korporasi”.

(2) “Pertimbangan tersebut harus dinyatakan dalam putusan hakim”.

Pasal 50

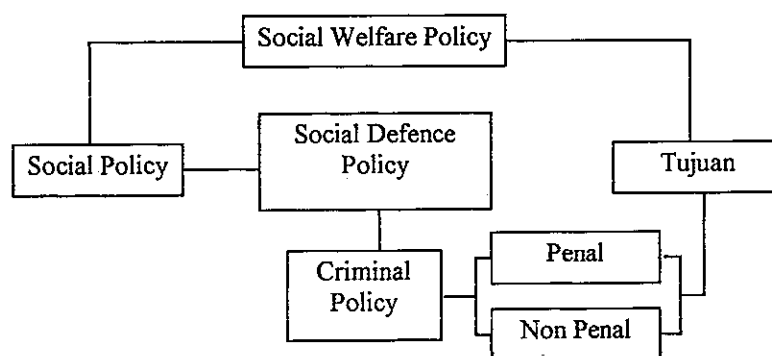
“Alasan-alasan membenarkan maupun pemaaf yang dapat diajukan oleh orang yang berbuat atas nama korporasi, dapat pula diajukan oleh korporasi sepanjang alasan-alasan tersebut langsung berhubungan dengan perbuatan yang didakwakan pada korporasi dan karena itu tidak dapat dicelakan pada korporasi”.¹⁷⁷⁾

Penerimaan terhadap konsep pertanggungjawaban pidana korporasi dalam perundang-undangan pidana Indonesia di atas (sebagaimana terlihat dalam berbagai undang-undang pidana di luar KUHP dan yang kemudian ditetapkan dalam R-KUHP Baru mendatang sebagai hukum pidana induk), secara teoritik adalah sangat sesuai dengan tujuan dan fungsi hukum (secara umum) maupun hukum pidana (secara khusus) yaitu sebagai sarana untuk perlindungan sosial (*social defence*), dalam rangka mencapai tujuan utama yakni kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Sebab kecenderungan dari perilaku menyimpang korporasi yang mengabaikan berbagai kepentingan masyarakat luas dalam bentuk melakukan pelanggaran hukum demi pencapaian tujuan pokok dari pendirian korporasi yaitu memperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya (*profit oriented*), adalah sesuatu yang telah menjadi realitas di masyarakat dewasa ini. Beberapa kasus seperti pencemaran dan perusakan lingkungan oleh industri/pabrik-pabrik besar, keracunan akibat

¹⁷⁷⁾ Dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000, ketentuan mengenai masalah korporasi di atas diatur dalam pasal 44-49 dengan susunan redaksional sedikit berbeda tetapi substansinya sama.

mengonsumsi makanan dari produk industri tertentu, monopoli harga terhadap suatu komoditas penting yang dibutuhkan masyarakat banyak, konspirasi konglomerat dengan pejabat yang banyak melahirkan kasus-kasus mega korupsi dan lain-lain, semuanya itu adalah sekedar contoh-contoh kongkrit betapa fenomena *corporate crime* sangat potensial mengancam kesejahteraan publik.

Dalam konteks di atas (hukum pidana sebagai sarana *social defence* untuk mencapai *social welfare*), lebih jauh Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan apapun (termasuk kejahatan korporasi tentunya –pen.) pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat. Dalam skema sederhana, kebijakan penanggulangan kejahatan yang dapat ditempuh baik melalui *penal approach* (pendekatan dengan menggunakan hukum pidana yang dimulai dari tahap formulasi, tahap aplikasi sampai pada tahap eksekusi), maupun melalui *non penal approach* (pendekatan dengan mengupayakan kebijakan-kebijakan di luar hukum pidana), kurang lebih dapat digambarkan sebagai berikut.¹⁷⁸⁾



¹⁷⁸ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Kriminal (Criminal Policy)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, tanpa tahun, hal 2-3.

Berdasarkan skema di atas, dapat dipahami bahwa fungsi dan tujuan peraturan hukum pidana dibuat dan ditegakkan ialah untuk memberikan perlindungan kepada masyarakat dari berbagai macam kejahatan yang bersifat destruktif dalam rangka mewujudkan tujuan akhir berupa kesejahteraan masyarakat. Dalam konfigurasi pemikiran yang demikian ini, maka apabila fenomena *corporate crime* disinyalir sangat potensial melahirkan berbagai bahaya dan kerugian publik yang bersifat luas seperti telah dijelaskan di muka, kiranya kebijakan antisipatif dan penanggulangannya dengan menerima prinsip dimungkinkannya pertanggung jawaban pidana oleh korporasi sebagai subyek delik adalah tepat sekali adanya.

B.3. Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam dengan Konsep KUHP Baru tentang Pertanggung Jawaban Pidana dan Proyeksi “Ideal” Kebijakan Legislatifnya di Masa Mendatang.

Sebagaimana telah dipaparkan dalam dua sub bab terdahulu (yakni pada Bab IV B.1 dan B.2), diketahui bahwa dalam pemikiran mengenai masalah pertanggung jawaban pidana, sepanjang menyangkut hal-hal yang prinsip sebagai dasar adanya pertanggung jawaban pidana, sesungguhnya antara konsep Islam dengan konsep KUHP Baru tidak ada perbedaan mendasar. Sekalipun redaksionalisasi konsepnya seolah mengesankan adanya ketidaksamaan. Namun demikian, dalam konteks konseptualisasi terhadap hal-hal yang merupakan perkembangan pemikiran dari masalah pertanggungjawaban pidana ini (seperti pertanggungjawaban korporasi, pertanggungjawaban tanpa kesalahan, pertanggungjawaban atas perbuatan orang lain dan sebagainya), dapat dikatakan konsep KUHP Baru lebih responsif dan beberapa

langkah lebih maju dibanding konsep yang tercermin dalam tradisi fiqih Islam. Untuk lebih jelasnya, perbandingan antara konsep Islam dengan konsep KUHP Baru tentang pertanggungjawaban beserta analisisnya tersebut, akan segera dipaparkan dalam uraian berikut ini baik mengenai persamaan-persamaannya maupun juga perbedaan-perbedaannya.

Pertama, berkait dengan dasar-dasar pertanggungjawaban pidana, apabila konsep Islam menegaskan bahwa hal itu harus atas dasar telah dilakukannya suatu tindak pidana oleh seseorang yang menyadari penuh perbuatan yang dilakukannya yang tidak dalam keadaan terpaksa (perhatikan kembali definisi *al-mas'uliyah al-jina'iyah fis syari'ah*), maka konsep KUHP Baru pun secara substantif juga menentukan prinsip yang sama. Hal ini misalnya tercermin dari rumusan pasal 34-44 KUHP Baru (atau pasal 31-43 dalam RUU KUHP tahun 1999/2000) yang telah dibahas terdahulu dimana intinya ialah pertanggungjawaban pidana itu bisa dibebankan kepada seseorang apabila orang tersebut secara obyektif/riil telah melakukan suatu tindak pidana dan atas tindak pidana yang dilakukannya tersebut secara subyektif ia memang patut dicela berdasarkan hal-hal tertentu. Seperti karena ia melakukannya dengan sengaja atau teledor (*alpa*), dalam kesadaran penuh/ memiliki kemampunan bertanggung jawab dan lain sebagainya.

Berdasarkan adanya kesamaan konsep pemikiran di atas, maka pada dasarnya dalam masalah implikasi terhadap tidak terpenuhinya dasar-dasar pertanggungjawaban pidana, antara Islam dengan R-KUHP Baru juga tidak ada perbedaan pandangan. Artinya, kalau konsep pemikiran Islam mengajarkan bahwa tindak pidana yang masih dalam tahap niat si pelaku/belum berujud ucapan atau perbuatan

adalah tidak memiliki implikasi yuridis apapun (lihat kembali penjabaran hadits nabi “*Innallaha tajawaza*” dan seterusnya), maka R-KUHP Baru mendatang juga menegaskan hal yang sama. Oleh karenanya maka dalam konsep tentang tindak pidana percobaan, untuk dapat mempidana pelakunya disyaratkan selain ia telah berniat melakukan tindak pidana niat tersebut juga harus telah diwujudkan dalam bentuk dilakukannya “permulaan pelaksanaan dari kejahatannya/tindak pidananya” (perhatikan ketentuan pasal 19 ayat (1) R-KUHP Baru atau pasal 17 ayat (1) dalam RUU KUHP tahun 1999/2000). Jadi, adanya tindak pidana yang telah dilakukan seseorang baik yang telah selesai dengan sempurna maupun yang baru di mulai pelaksanaannya dan kemudian gagal, adalah dasar mutlak yang prinsipil bagi pertanggungjawaban pidana menurut kedua konsep di atas.

Namun sayangnya, prinsip di atas oleh kebijakan R-KUHP mendatang terkesan “diingkari” sendiri yaitu dengan adanya ketentuan pasal mengenai “permufakatan jahat” (pasal 22 atau pasal 21 dalam RUU KUHP tahun 1999/2000). Dikatakan demikian sebab menurut pasal di atas, permufakatan jahat ialah adanya dua orang atau lebih yang bersepakat untuk melakukan tindak pidana tertentu (yang ditetapkan jenisnya dalam Buku II KUHP atau dalam undang-undang di luar KUHP) dimana para pelakunya dapat dikenai pidana paling banyak sepertiga dari maksimum ancaman pidana pokok dalam tindak pidana yang telah dimufakati untuk dilakukan.

Ketentuan dalam pasal 22 di atas, hakekatnya mencerminkan adanya kebijakan R-KUHP mendatang untuk dapat mempidana seseorang yang baru dalam tahap niat melakukan tindak pidana. Hanya saja, niat yang dapat dipidana tersebut harus berupa suatu niat kolektif. Disebut demikian karena permufakatan oleh dua

orang atau lebih itu sesungguhnya adalah ekspresi dari niat yang terdiri dari sejumlah orang (c.q dua/lebih) atau disebut kolektif. Padahal sebuah niat kejahatan sekalipun kolektif sifatnya, tetaplah hanya merupakan sebuah niat yang tidak memiliki dampak apapun sebagai implikasi. Jadi berdasarkan pemikiran yang demikian ini, maka pemidanaan terhadap sebuah niat seperti tercermin dalam konsep “tindak pidana permufakatan” di atas sesungguhnya tidak memiliki dasar justifikasi. Sebab syarat pemidanaan ialah adanya tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Sedangkan pertanggungjawaban pidana dianggap ada/dapat dibebankan kepada seseorang diantara syaratnya ialah apabila dalam kenyataan obyektif, orang tersebut benar-benar melakukan suatu tindak pidana baik yang berupa perbuatan maupun ucapan, bukan sekedar niat.

Dalam konteks permasalahan di atas, menurut konsep Islam (berdasarkan hadits yang telah disebutkan terdahulu), suatu kejahatan yang masih berada dalam tahap niat seseorang dipandang tidak memiliki implikasi yuridis (pidana) apapun. Kebijakan yang demikian ini, selain atas dasar bahwa niat tidaklah membawa dampak apapun sebagai implikasi yang perlu direspons oleh hukum, juga mengandung maksud agar kebijakan itu bisa menjadi kekuatan psikis secara internal dalam diri orang tersebut untuk mengurungkan niat kejahatannya. Bahkan untuk memperkuat maksud kebijakan di atas, secara doktriner konsep Islam juga menegaskan bahwa kalau ada seseorang yang terlanjur berniat melakukan suatu kejahatan kemudian atas kesadarannya sendiri ia mengurungkan realisasi dari niat kejahatannya tadi maka baginya tidak ada dosa (pidana) apapun sebagai konsekuensi yuridis, bahkan mendapatkan nilai satu kebaikan atas kemauan mengurungkan niat

jahatnya tersebut. Sebaliknya, kalau ada seseorang yang sudah berniat melakukan suatu kebaikan kemudian ia tidak jadi merealisasikan niat baiknya tersebut, maka ia tetap mendapatkan satu pahala kebaikan di mata Allah hanya atas dasar niatnya tersebut.

Doktrin agama yang dimaksudkan ialah sebagaimana yang tersebut dalam hadits nabi riwayat iman Bukhori-Muslim yang bunyi lengkapnya sebagai berikut: *“Innallaha katabal hasaanati was sayyiaati, faman hamma bihasanatin falam ya'malha katabahallahu 'indahu hasanatan kaamilatan, wain hamma bihaa fa'amilaha katabahallahu 'asyra hasanatin ilaa sab'i mi'atin dli'fin. Wain hamma bisayyiatin falam ya'malhaa katabahallahu 'indahu hasanatan kaamilatan wain hamma bihaa fa'amilaha katabahallahu sayyiatan waahidatan”*. Artinya, sesungguhnya Allah selalu menuliskan setiap kebaikan maupun keburukan (baca: kejahatan) yang dilakukan manusia. Maka barang siapa berniat melakukan suatu kebaikan kemudian tidak jadi melaksanakannya, Allah telah menulis satu kebaikan penuh bagi orang tersebut, dan apabila jadi melaksanakan kebaikan yang telah diniatinya tadi, Allah akan menuliskan sepuluh kebaikan hingga seratus kebaikan (sebagai kelipatan) bagi orang tersebut. Sebaliknya barang siapa berniat melakukan suatu keburukan (baca: kejahatan) kemudian tidak jadi melaksanakannya, Allah akan menuliskan untuknya satu kebaikan penuh, dan apabila jadi melaksanakan keburukan yang telah diniatinya tadi, Allah hanya akan menuliskan satu pula keburukan baginya (HR. Bukhori-Muslim).

Doktrin di atas, secara filosofis dapat dipahami sebagai suatu motivasi agar seseorang dalam kehidupan ini selalu punya niat baik dan berusaha untuk

merealisasikannya. Karena niat baik saja sudah berpahala, terlebih lagi apabila niat tersebut benar-benar dilakukan, maka logikanya tentu akan ada penambahan/kelipatan pahala. Kalaupun disebabkan oleh suatu hal, seseorang terlanjur memiliki niat tidak baik (seperti berniat melakukan kejahatan/tindak pidana), maka dijamin sepanjang niat tersebut belum direalisasikan ia tidak akan berdosa (baca: diancam pidana) sebagai sanksi. Jadi, dengan adanya konsep yang demikian ini diharapkan bisa menjadi daya/kekuatan prevensi bagi terjadinya kejahatan yang tumbuh secara internal dalam diri setiap orang. Hal ini berbeda dengan konsep hukum pada umumnya yang selalu mengusahakan ketaatan seseorang terhadap hukum dalam rangka pencegahan kejahatan, dengan melalui upaya-upaya eksternal (seperti pengancaman pidana). Akibatnya, karena kuatnya orientasi pemikiran yang demikian ini maka agar upaya prevensi kejahatan betul-betul efektif, dilahirkanlah konsep bahwa berniat saja untuk melakukan suatu kejahatan bisa dikenai sanksi pidana (sebagaimana tercermin dalam kebijakan kriminalisasi tentang tindak pidana permufakatan di atas).

Berdasar paparan analitis-komparatif di atas, kiranya dapat diusulkan suatu pemikiran untuk mempertimbangkan kembali kebijakan kriminalisasi tentang tindak pidana permufakatan tersebut bahkan bila mana perlu mendekriminalisasikannya dalam kebijakan R-KUHP Baru mendatang. Hal demikian ini selain untuk menghindari adanya suatu kebijakan pembedaan yang tidak memiliki dasar justifikasi, juga untuk menjaga konsistensi kebijakan R-KUHP itu sendiri (seperti yang tercermin dalam konsep tindak pidana percobaan) yang baru akan menuntut

pertanggungjawaban pidana seseorang apabila ia benar-benar melakukan suatu tindak pidana, bukan baru sekedar berniat melakukan tindak pidana.

Selanjutnya, perbandingan yang berkait dengan syarat-syarat/ dasar-dasar pertanggungjawaban yang lain yakni harus adanya atau dimilikinya kemampuan bertanggung jawab dalam diri pelaku saat berbuat tindak pidana dan tidak adanya alasan pemaaf maupun alasan pembenar, pada dasarnya dapat ditegaskan bahwa diantara kedua konsep (Islam dan R-KUHP Baru) juga tidak ada perbedaan berarti. Kalaupun ada perbedaan, sesungguhnya hal itu hanya berkait dengan redaksionalisasi konsep, bukan substansi pemikiran. Misalnya pemikiran Islam menegaskan konsep “Kemampuan bertanggung jawab” sebagai salah satu dasar pertanggungjawaban pidana ialah melalui hadits nabi yang memberikan identifikasi tentang orang-orang tertentu yang dianggap “tidak mampu bertanggung jawab” sehingga tidak dapat dikenai implikasi hukum apapun (perhatikan kembali hadits : *“rufi’al qalamu’an tsalaatsin dan seterusnya*). Arti hadits tersebut ialah bahwa di luar kategori dari orang-orang tertentu yang diidentifikasi sebagai tidak mampu bertanggung jawab (yaitu orang tidur, anak kecil dan orang gila), akan selalu dianggap dengan sendirinya mampu bertanggung jawab hingga ada bukti sebaliknya yang menunjukkan hal itu.

Pemikiran sebagaimana konsep Islam di atas, sesungguhnya tidak berbeda dengan pemikiran yang ada dalam konsep R-KUHP Baru mendatang seperti yang tercantum dalam ketentuan pasal 38-39 atau pasal 34-35 menurut R-KUHP Baru tahun 1999/2000. Dalam kedua pasal tersebut juga dinyatakan identifikasi mengenai orang-orang tertentu yang dianggap tidak atau kurang mampu bertanggung jawab

yakni orang yang menderita gangguan jiwa atau berpenyakit jiwa atau mengalami retardasi mental, sehingga mereka tidak dikenai pidana atas tindak pidana yang dilakukannya. Hal ini berarti, secara hukum orang-orang yang berada diluar kategori tiga orang tersebut di atas, dengan sendirinya juga dianggap selalu mampu bertanggung jawab atas tindakannya hingga ada bukti lain yang menunjukkan hal sebaliknya. Jadi, berdasarkan perbandingan ini, sekali lagi, antara kedua konsep tersebut secara prinsip adalah sama.

Hanya saja, dalam masalah orang-orang tertentu yang diidentifikasi secara eksplisit oleh hukum sebagai orang yang tidak mampu bertanggung jawab, antara konsep Islam dengan R-KUHP Baru terdapat sedikit perbedaan. Tiga orang yang dikonsepsikan R-KUHP Baru sebagai tidak atau kurang mampu bertanggung jawab di atas (yaitu orang yang terganggu jiwanya, berpenyakit jiwa dan mengalami retardasi mental), sesungguhnya dapat dikelompokkan dalam satu jenis kategori orang yang menurut Islam disebut dengan konsep "*al-junun*"/gila. Dengan demikian, untuk kategori anak kecil dan orang sedang tidur yang berbuat suatu tindak pidana yang menurut Islam dianggap juga tidak mampu bertanggung jawab, secara eksplisit tidak ditentukan dalam konsep R-KUHP Baru. Bahkan dalam perkembangan terakhir, R-KUHP Baru malah menegaskan tetap dapat dipidanya seorang anak yang melakukan tindak pidana dengan kriteria atau syarat tertentu (seperti berusia antara 12 sampai 18 tahun) serta dengan kemungkinan diperbolehkannya mengenakan tindakan-tindakan di luar pembedaan terhadap anak tersebut (pasal 96-112 R-KUHP 1991/1992 atau pasal 106-123 R-KUHP 1999/2000). Sementara itu penilaian hukum sebagai tidak mampu bertanggung jawab atas orang yang sedang tidur yang berbuat

tindak pidana, R-KUHP hanya mengkonsepkannya secara implisit termasuk ke dalam kategori orang yang mengalami gangguan jiwa. Konsep demikian sesungguhnya dapat melahirkan ketidak pastian hukum. Sebab dalam kenyataan orang tidur yang berbuat tindak pidana tidakla selalu karena ia mengalami gangguan jiwa. Begitu juga anak yang ditetapkan sebagai dapat dipidana/dikenai tindakan dalam usia tertentu tersebut, dalam kenyataan tidaklah dapat digeneralisir untuk semua kasus anak delinkuen. Berdasarkan hal ini, maka dalam rangka pembangunan hukum yang lebih dapat mempertegas urgensi kepastian hukum, konseptualisasi Islam mengenai status hukum dua kelompok orang di atas (yaitu anak kecil dan orang yang sedang tidur sebagai orang-orang yang secara eksplisit normatif dinilai tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab), hendaknya dapat diakomodasikan dalam penyempurnaan penyusunan R-KUHP Baru mendatang. Terlebih lagi mengingat hal itu sesungguhnya memang sudah berkembang dalam praktek peradilan selama ini.

Demikian pula kesamaan pemikiran di antara kedua konsep di atas juga terlihat dalam pandangan mengenai masalah alasan-alasan pemaaf dan alasan-alasan pembenar serta masalah keinsyafan pelaku yang keberadaannya juga sangat menentukan ada tidaknya pertanggung jawaban pidana. Hal-hal yang dikonsepskan R-KUHP Baru sebagai penghapus pembedaan karena adanya alasan-alasan pemaaf ataupun pembenar (seperti melakukan tindak pidana karena daya paksa, pembelaan terpaksa, ketidak-tahuan, error, keadaan darurat, atau karena melaksanakan tugas/peraturan), juga ditegaskan dalam konsep pertanggungjawaban pidana menurut Islam. Dalam sejumlah ayat Al-Qur'an yang juga dikuatkan oleh ketentuan hadits

Rasulullah S.A.W sebagaimana telah diuraikan terdahulu (lihat kembali penjelasan dan paparan analisis Q.S Al-Baqarah:173, Al-An'am:145, An-Nahl:115 dan hadits riwayat Ibnu Madjah), dapat diketahui bahwa betapa orang-orang yang berbuat tindak pidana karena terpaksa disebabkan memang tidak adanya pilihan lain, ataupun karena error (al-khotho') dan lain sebagainya adalah "*falaa itsma aalaihi*" (tidak ada dosa/pidana apapun baginya).

Demikian juga hal yang berkait dengan konsep penghapus pembedaan karena adanya dasar hukum (undang-undang) yang menentukannya demikian. Islam, sebagaimana konsepnya tercermin dalam Q.S Al-Isra':33 juga menandakan prinsip di atas. Karena dalam surat dan ayat tersebut Allah tidak membolehkan adanya suatu pembunuhan kecuali ada alasan yang sah (*walaa taqtulun nafs al latie harramallahu illa bil haqqi*). Alasan yang sah tersebut antara lain dapat ditentukan dalam perundang-undangan sebagai dasar hukum setelah melalui pertimbangan-pertimbangan yang komprehensif dan matang yang mendukung terwujudnya kemashlahatan hidup manusia serta mencegah kerugian yang akan menimpanya.

Kesamaan pandangan diantara ke dua konsep mengenai dasar-dasar pertanggung jawaban pidana di atas, juga terlihat dalam pemikiran mengenai "harus adanya keinsyafan pelaku atas tindak pidana yang dilakukannya". Bahkan dalam hal ini, kebijakan perumusan konseptualisasinya pun tidak ada perbedaan. Maksudnya, antara konsep Islam (lihat kembali penjelasan tentang unsur atau syarat ketiga pertanggung jawaban pidana menurut Islam) dengan konsep R-KUHP Baru (lihat kembali uraian penjelasan mengenai pasal 40), keduanya sama-sama menegaskan bahwa pada prinsipnya tindak pidana yang dilarang ialah yang dilakukan secara

sengaja. Sedangkan yang dilakukan karena alpa, dianggap sebagai suatu perkecualian yang pelarangannya harus ditentukan dalam perundang-undangan.

Namun demikian, selain terlihat adanya persamaan-persamaan pandangan di atas, tetapi khusus dalam masalah responsi terhadap perkembangan-perkembangan pemikiran mengenai pertanggungjawaban pidana ini, antara konsep Islam dengan konsep R-KUHP Baru mulai memperlihatkan adanya perbedaan-perbedaan pandangan. Adapun yang di maksud dengan perkembangan-perkembangan pemikiran tentang pertanggung jawaban pidana tersebut (sebagaimana telah dikemukakan dalam pembahasan awal sub bab ini) ialah pemikiran yang berkait dengan “pertanggung jawaban pidana oleh korporasi”, “pertanggung jawaban pengganti”, (*vicarious liability*) dan “pertanggungjawaban tanpa memperhatikan kesalahan pelaku tindak pidana/ketat (*strict liability*).

Dalam pemikiran menurut tradisi fiqih Islam, ketiga konsep pertanggungjawaban pidana di atas sama sekali tidak memperoleh tempat pembahasan. Hal ini berbeda sekali dengan konsep R-KUHP Baru yang secara eksplisit mengakomodasi ketiga konsep pemikiran tersebut dalam beberapa ketentuan pasalnya (lihat kembali uraian mengenai kajian dan landasan pemikiran dari pasal 36, 37 dan 45-50 atau pasal 32 ayat (2), ayat (3) dan pasal 44-49 R-KUHP Baru Tahun 1999/2000 yang telah dipaparkan dalam sub bab IV.B.2 di depan).

“Keringnya” khasanah pemikiran Islam dalam merespon perkembangan-perkembangan konseptual tentang pertanggungjawaban pidana khususnya yang berkait dengan ketiga masalah di atas, apabila dilihat dalam perspektif “*maqashidut tasyri’iyyah*” (tujuan-tujuan pokok / umum disyariatkannya hukum Islam)

sesungguhnya patut “disesalkan”. Sebab selain hal ini menunjukkan kesan kurang responsifnya pemikiran Islam terhadap fenomena perkembangan sosial yang terjadi, juga secara prinsipil bertentangan dengan tujuan pokok disyariatkannya hukum Islam itu sendiri. Padahal seperti diketahui bahwa hukum Islam disyariatkan inti tujuannya ialah untuk menciptakan kemashlahatan dan sekaligus mencegah terjadinya kerusakan/kerugian dalam kehidupan manusia.

Berdasarkan konsep *maqaashidut tasyri'* di atas, maka fenomena kejahatan korporasi maupun kejahatan oleh person (manusia) yang menimbulkan *social damage* secara luas (seperti public nuisance) yang kemudian menjadi latarbelakang lahirnya ketiga konsep/pemikiran baru tentang pertanggungjawaban pidana tersebut, seharusnya dapat dicegah dan diantisipasi secara yuridis demi kemashlahatan kehidupan manusia itu sendiri. Adapun antisipasi yuridis yang dimaksudkan di sini antara lain ialah dengan menetapkan sebagai tindak pidana dan merumuskan konsep-konsep pertanggung jawaban pidananya sedemikian rupa sehingga dapat mencerminkan secara sungguh-sungguh terhadap komitmen dan *concern* Islam atas tujuan memberikan kemashlahatan serta pencegahan kerusakan dalam hidup manusia tersebut. Sebab seperti sudah dipahami oleh umum, bahwa melalui indikator-indikator yang tampak, fenomena kejahatan korporasi khususnya atau public welfare offences umumnya, adalah sangat destruktif (menimbulkan kerusakan dan kerugian besar) bagi kehidupan manusia. Seperti pencemaran lingkungan, penipuan konsumen, monopoli harga, ancaman kesehatan masyarakat luas dan lain sebagainya. Fakta-fakta indikatorik ini tentu tidak dapat dibiarkan berlangsung begitu saja hanya mengukuhkan doktrin bahwa korporasi / badan hukum / syakhshun ma'nawi, sekalipun

diakui sebagai pemilik hak dan kewajiban hukum, tidaklah dapat dibebani pertanggungjawaban pidana karena ia tidak “*mudrik*”. Artinya tidak memiliki pengetahuan/keinsyafan atas perbuatan yang dilakukan dan juga tidak memiliki kebebasan dalam bertindak. Padahal adanya “*mudrik*” adalah salah satu syarat penting dalam pertanggungjawaban pidana. (Perhatikan kembali uraian mengenai hal ini dalam sub Bab IV.B.1. di depan).

Dalam perspektif pemikiran klasik, doktrin hukum pidana Islam yang mengajarkan bahwa badan hukum (*syakhshun ma'nawi*) adalah subyek hukum yang tidak “*mudrik*” seperti tersebut di atas, sesungguhnya tidak jauh berbeda dengan doktrin “*societas/universitas delinquere non potest*” yang pernah mendominasi pemikiran hukum pidana klasik sehingga melahirkan rumusan seperti pasal 59 KUHP sekarang. Pandangan inti dari pemikiran ini ialah bahwa badan hukum dianggap tidak dapat melakukan tindak pidana dan juga tidak dapat dibebani pertanggungjawaban pidana karena hakekat suatu badan hukum (seperti PT, CV dan lain-lain) adalah benda mati yang aktivitas operasionalnya sangat ditentukan oleh para pengurusnya yang nota bene manusia. Sebagaimana umumnya benda mati, maka badan hukum pun oleh karenanya juga dianggap tidak “*mudrik*” (tidak memiliki kebebasan dan keinsyafan dari tindakannya). Hal demikian ini karena ada tidaknya tindakan nyata suatu badan hukum sangat tergantung kepada ada tidaknya tindakan para pengurus/pengelola yang bertindak atas nama dan untuk (mewakili) badan hukum tersebut.

Mengingat seriusnya realitas dari kejahatan yang melibatkan korporasi/badan hukum, maka doktrin klasik yang berakibat tidak dapat diterapkannya pertanggung

jawaban pidana atas korporasi tersebut, seharusnya dapat diterobos dengan melalui pengembangan pemikiran yang akhirnya melahirkan teori seperti ajaran "*functional daader schap*" yang kemudian menjadi basis konseptualisasi pertanggung jawaban pidana korporasi dalam R-KUHP Baru mendatang. Pengembangan ajaran di atas adalah karena orientasi hukum pidana yang memang harus memberikan "*social defence*" dari segala tindakan apapun dan oleh siapapun yang destruktif dalam rangka mewujudkan "*social welfare*".(Perhatikan kembali skema politik kriminal sebagai bagian dari politik sosial dalam rangka "*social welfare policy*" yang telah diuraikan pada sub bab di depan).

Dalam "bahasa" Islam, apa yang disebut sebagai orientasi "*social defence*" menuju "*social welfare*" tersebut, sesungguhnya identik dengan konsep *maqashidul tasyri'* yang intinya adalah "*dar'ul mafaasidi wajalbul mashalihi*" (mencegah kerusakan/kerugian dan mewujudkan kemashlahatan dalam kehidupan manusia). Dengan demikian berdasarkan kerangka pemikiran komparatif di atas, hukum pidana Islam di masa mendatang seharusnya terbuka luas untuk upaya ijtihad (mengembangkan pemikiran) sehingga dapat menerima konsep-konsep baru seperti pertanggungjawaban pidana korporasi dalam rangka mengukuhkan komitmen Islam terhadap tujuan inti *tasyri'* di atas. Kerangka berpikir seperti ini juga dapat diterapkan untuk kemungkinan mengadopsi pemikiran-pemikiran baru lainnya di seputar pertanggungjawaban pidana (seperti pertanggungjawaban ketat dan pertanggungjawaban pengganti) sepanjang aplikasinya masih dapat ditempatkan dalam koridor tujuan inti *tasyri'* Islam seperti telah disebutkan di atas. Dengan demikian Islam dapat benar-benar menjadi "*rahmatan lil 'alamin*" yang ajaran-

ajarannya (termasuk hukumnya) bersifat universal dan dapat mengikuti serta menjadi “guidence” bagi setiap perkembangan dan perubahan sosial yang terjadi.

C. Kontribusi Terhadap Kebijakan Mengenai Sanksi Pidana

C.1. Konsep Pemikiran Islam tentang Sanksi Pidana

Masalah sanksi pidana sesungguhnya adalah bagian kecil dari permasalahan sistem pemidanaan secara keseluruhan. Dikatakan demikian sebab hakekat sanksi pidana itu ialah keseluruhan proses dalam penjatuhan suatu sanksi pidana dan pelaksanaannya oleh institusi yang berwenang terhadap seseorang yang didakwa dan kemudian dinyatakan terbukti bersalah telah melakukan suatu jarimah (tindak pidana).

Sesuai dengan hakekat makna sebuah sistem yakni keseluruhan hal yang terdiri dari beberapa sub sistem yang saling berhubungan secara erat satu sama lain dalam suatu proses untuk mencapai tujuan tertentu, maka sesungguhnya hakekat sistem pemidanaan pun juga terdiri dari beberapa sub sistem yang berproses dalam rangka mencapai tujuan akhir berupa penjatuhan pidana dan pelaksanaannya.

Adapun sub sistem yang menggerakkan bekerjanya sistem pemidanaan menuju terwujudnya tujuan akhir berupa penjatuhan pidana tersebut ialah terdiri dari (a) sub sistem hukum pidana materiel, (b) sub sistem hukum pidana formal dan (c) sub sistem hukum pelaksanaan pidana. Seseorang tidak akan diproses untuk dijatuhi suatu sanksi pidana dan dilaksanakan pidananya, apabila ia tidak nyata-nyata telah melanggar suatu aturan hukum pidana materiel (yang berupa pelarangan terhadap dilakukannya suatu perbuatan) serta dipersalahkan atas pelanggaran larangan

tersebut. Selanjutnya pelanggaran terhadap suatu aturan hukum pidana material, penegakannya tentu membutuhkan semacam tata cara atau prosedur yang biasa disebut dengan hukum pidana formal. Kemudian penjatuhan suatu sanksi pidana yang telah ditetapkan oleh hakim terhadap seseorang yang dinyatakan bersalah karena melanggar suatu aturan hukum pidana material melalui prosedur-prosedur tertentu, tidak akan dapat diwujudkan ekekusinya kecuali berdasarkan aturan hukum tentang pelaksanaan pidana yang telah ditetapkan sebelumnya.

Dengan demikian, sesungguhnya ruang lingkup kajian Sistem Pemidanaan adalah mencakup materi yang sangat luas yakni meliputi seluruh bidang-bidang yang ada dalam hukum pidana (hukum pidana material, hukum pidana formal dan hukum pelaksanaan pidana). Materi-materi tersebut dapat dikatakan merupakan pengertian Sistem Pemidanaan dalam arti luas. Sedangkan dalam arti yang sempit, Sistem Pemidanaan adalah berkaitan dengan masalah-masalah diseputar sanksi pidana saja. Seperti hakekat pidana, filosofi eksistensinya, tujuan-tujuannya, stelsel atau macam-macamnya dan cara-cara penerapannya. Pemaknaan dalam arti sempit di atas, adalah karena masalah akhir dari sistem pemidanaan tiada lain ialah kajian mengenai sanksi pidana yang dijatuhkan melalui suatu proses peradilan. Oleh karena itu pada umumnya sistem pemidanaan biasa dipahami dalam makna atau arti yang sempit tersebut.

Dalam konsep Islam, kajian mengenai sistem pemidanaan ini meskipun esensinya adalah hal-hal disekitar masalah sanksi pidana, namun substansinya tetap akan berhubungan dengan konsep-konsep mengenai tindak pidananya (jarimahnyanya). Sebab dalam hukum Islam, ketiga bidang hukum pidana di atas, tidak dipandang

sebagai konsep-konsep hukum yang masing-masing berdiri sendiri secara terpisah yang tertuang dalam berbagai kitab undang-undang hukum pokok sebagaimana dalam hukum positif. Misalnya konsep mengenai tindak pidana (jarimah) kesusilaan berupa zina, maka dalam hal ini, aturan mengenai sanksinya, cara-cara penegakan hukumnya (hukum formalnya), serta cara-cara eksekusi pidana yang telah dijatuhkan (hukum pelaksanaan pidananya), semua aturan-aturan hukum tersebut tidak dicantumkan dalam suatu kitab hukum pokok secara terpisah dan berbeda-beda melainkan seluruhnya terangkum dalam Al Qur'an atau al hadits sebagai satu kesatuan hukum mengenai masalah zina tersebut.

Namun untuk membatasi permasalahan agar tetap sesuai dengan sub tema kajian dalam bab ini, maka pemaparan dan pembahasan konsep pemikiran Islam tentang sanksi pidana ini akan lebih difokuskan kepada hal-hal mengenai : hakekat pidana, filosofi eksistensinya, tujuan-tujuannya, macam-macam/stelselnya dan cara-cara penerapan-nya menurut pandangan Islam.

Hakekat Sanksi Pidana Menurut Pandangan Islam

Dalam bahasa fiqih, pidana sering disebut dengan istilah "al 'uqubah" (berasal dari kata '*iqaab*) yang berarti suatu balasan. Kata pidana juga sering dikemukakan dengan sebutan lain yaitu "al-'adzaab" yang berarti suatu siksa/nestapa.¹⁸⁰⁾

Berdasarkan arti-arti pidana secara etimologis di atas, maka para ahli hukum pidana Islam mengajukan pengertian pidana secara terminologis dalam berbagai rumusan definisi yang beragam. Antara lain definisi pidana sebagaimana

¹⁸⁰⁾ Penjelasan dari arti kata 'adzaab yang juga bermakna 'iqaab di atas dapat dilihat dalam Muhammad Husni Al Hamdi, *Mufradaat Al Qur'an Tafsiru wa Bayaan*, Daar Al Rasyid, Damsyik, Beirut, tanpa tahun, hal. 350.

dikemukakan oleh Fikri Ahmad Akkaaz bahwa *Al 'Uquubatu hiya al jazaau al muqarriru auma yumkinu taqriiran walimashlahati al jamaa'ati 'alaa 'ishyani amara assyari'u.*¹⁸¹⁾ Artinya pidana ialah balasan yang telah ditetapkan untuk kemaslahatan kehidupan bersama atas tindak pidana yang dilakukan seseorang sebagaimana yang telah diperintahkan oleh syari'. Selanjutnya menurut Mahmud Najib Husni, pidana itu ialah *ammal 'uquubatu bi annahaa jazaau yuqarriruhu al qanuunu wayuqi'uhu al qadli 'alaa man tsabbata mas'uliyatahu 'anil jariimati.*¹⁸²⁾ Artinya suatu balasan yang telah ditetapkan dalam suatu peraturan perundang-undangan yang dijatuhkan oleh hakim atas tindak pidana yang dilakukan seseorang yang telah ditetapkan pertanggung jawaban pidananya. Sebenarnya ada beberapa lagi rumusan definisi pidana yang lain, namun secara inti dapat ditegaskan bahwa hakekat dari pidana itu adalah :

1. Suatu 'adzaab / 'iqaab (siksa/derita/nestapa) sebagai balasan
2. yang dikenakan oleh perorangan atau suatu badan yang berwenang
3. terhadap seseorang telah dinyatakan terbukti bersalah karena melakukan suatu jarimah (tindak pidana) menurut syari'ah (hukum).¹⁸³⁾

Dalam unsur pertama mengenai definisi dari hakekat pidana di atas, yakni digunakannya kata " 'adzaab" atau " 'iqaab", sesungguhnya mengandung pengertian

¹⁸¹⁾ Fikri Ahmad Akkaaz, *Falsafatu al 'uquubati Fissyarri'ati al Islamiyati wal Qanuunu al Wadl'ie*, Syirkah Maktabaatu 'Akkaadz, Al Mamlakah al 'Araabiyah as-Su'uudiyah, 1982, hal. 49.

¹⁸²⁾ Mahmud Najib Husni, *Ilmul 'iqaab*, Daarul Qalam, Mesir, 1967, hal. 35.

¹⁸³⁾ Dalam intisari definisi pidana diatas, penulis sengaja tidak mencantumkan tujuan dibalasnya kejahatan seseorang melalui pidana sebagai salah satu unsur definisi pidana sebagaimana definisi yang dikemukakan oleh Fikri Ahmad Akkaaz yang menyatakan tujuan pidana untuk kemaslahatan kehidupan bersama. Alasan penulis adalah unsur tersebut sesungguhnya lebih merupakan masalah tujuan pembedaan yang secara spesifik akan dipaparkan dalam sub bab tersendiri di depan. Oleh karenanya unsur pidana yang memuat tujuan pembedaan ini menurut hemat penulis tidak merupakan unsur dari hakekat pengertian pidana.

bahwa pidana menurut Islam adalah suatu sanksi hukum yang memiliki dua dimensi dalam pemberlakuannya. Hal demikian ini karena dalam Al Qur'an, kata 'adzaab dinyatakan oleh Allah sebagai sanksi terhadap masalah-masalah baik dalam konteks keduniaan maupun dalam konteks keakhiratan. Dalam konteks dunia, kata adzaab dipergunakan oleh Allah dalam pengertian sebagai sanksi pidana yakni dalam kasus jarimah (tindak pidana) zina. Al Qur'an surat An-Nuur ayat 2 antara lain berisi statement: "wal yasyhad 'adzaabahumaa thaaifatun minal mu'minin". Artinya, hendaklah pelaksanaan pidana cambuk seratus kali terhadap para pelaku zina itu disaksikan oleh kaum mukminin yang lain (agar bisa menjadi pelajaran). Sedangkan dalam konteks akhirat, kata 'adzaab juga dipergunakan oleh Allah sebagaimana termaktub dalam Al Qur'an surat Al-Kahfi ayat 87 yang berbunyi : "Qaala ammaaman dzalama fasaufa nu'adzdzibuhuu tsumma yuraddu ilaa rabbihi fayu'adzdzibuhuu adzaaban nukraa". Artinya, berkatalah Dzulkarnain, adapun orang yang menganiaya (tidak mempercayai Tuhan dan membangkang perintahNya -pen.) maka kami kelak akan mengadzabnya (baca: menghukumnya), kemudian ia akan dikembalikan kepada Tuhannya lalu Tuhan mengadzabnya (di akhirat kelak -pen.) dengan adzab yang tidak ada taranya.¹⁸⁴⁾ Sementara itu kata 'adzab dalam pengertian sebagai siksa di akhirat juga terdapat di dalam Qur'an surat Ibrahim ayat 7 yang berbunyi :*wala in kafartum inna 'adzaabi lasyadiid*. Artinya, dan sungguh

¹⁸⁴⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal. 457. Kata adzab dalam satu ayat di atas apabila diperhatikan dapat dipahami ternyata dipakai untuk menjelaskan sebagai suatu siksa atau nestapa dalam dua konteks keadaan sekaligus. Yaitu dalam konteks dunia adzab dipakai oleh Dzulkarnain sebagai ganti dari kata pidana yang akan dikenakan terhadap suatu kaum yang aniaya (tidak beragama/tidak mentaati perintah Tuhan). Sementara itu adzab juga dipakai oleh Allah dalam ayat di atas untuk menggambarkan suatu siksa neraka yang baru akan dikenakan terhadap kaum yang membangkangNya di akhirat kelak.

apabila kamu sekalian mengkufuri ni'matku maka siksaku amat pedih di akhirat kelak.

Konsep pemberlakuan sanksi hukum dalam dua dimensi di atas pengertiannya adalah sebagai "alternatif" atau sebagai "filter". Maksudnya, sanksi pidana dalam pandangan Islam apabila telah dikehendaki (dipilih) oleh pelaku suatu jarimah untuk dikenakan terhadap dirinya di dunia ini, maka dimensi akhirat dari sanksi tersebut akan terhapus karenanya. Sehingga kelak (di akhirat) Allah tidak akan menimpakan 'adzab lagi kepada pelaku jarimah tersebut atas dosa yang diakukannya saat di dunia. Namun sebaliknya, apabila pelaku jarimah tersebut dengan kekuatan atau kekuasaan yang dimilikinya mencoba merekayasa penegakan hukum (penerapan sanksi) sehingga ia dapat terhindar karenanya, maka keberadaan sanksi pidana dalam Islam yang memiliki dimensi akhirat tersebut akan menjadi filter bagi orang-orang (pelaku jarimah) yang mencoba merekayasa hukum tersebut. Artinya orang tersebut akan tetap terjaring oleh hukum Islam, karena di akhirat kelak tidak ada yang dapat melakukan rekayasa hukum di hadapan peradilan Allah "Qodli Rabbul Jaliel". Dampak positif dari pemahaman konsep tentang hakekat pidana menurut Islam seperti uraian di atas, diharapkan dapat menjadi nilai plus tersendiri bagi hukum Islam dibanding dengan konsep-konsep hukum yang lain khususnya dalam peran *prevention of crime*. Sebab siapapun ia yang menyadari konsepsi pidana Islam tersebut akan menjadi tidak gegabah melanggar hukum, karena bagaimanapun hukum pasti akan "menjamah" dirinya.¹⁸⁵⁾

¹⁸⁵⁾ Disarikan dari wawancara dari nara sumber ahli hukum Islam Syamsul Anwar, M.A. tanggal 20 Juni 2000.

Kemudian, unsur kedua dari definisi pidana di atas menyebutkan bahwa derita / nestapa itu dikenakan oleh pidana di atas menyebutkan bahwa derita / nestapa itu dikenakan oleh perorangan atau suatu badan yang berwenang. Konsep pengertian pidana menurut Islam yang demikian ini adalah salah satu hal yang membedakan dengan pengertian pidana menurut konsep-konsep hukum yang lain. Sebab dalam hukum pidana positif misalnya, penjatuhan pidana hanya menjadi kewenangan lembaga peradilan yakni melalui aparat hakimnya. Dalam hukum Islam, selain lembaga peradilan tersebut, khususnya dalam kasus jarimah qishash (tindak pidana pembunuhan maupun penganiayaan), penentuan akhir apakah pelaku jarimah tersebut dapat dijatuhi pidana qishash atau tidak adalah sangat tergantung pada bagaimana sikap akhir yang ditunjukkan oleh korban atau keluarga korban jarimah qishash tersebut. Artinya, apabila korban atau keluarga korban menghendaki pidana qishash terhadap pelaku jarimah, maka hakim dengan lembaga peradilannya harus menjatuhkan pidana qishash tersebut sesuai tuntutan korban atau keluarga korban tadi (betapapun hakim ingin sekali merubah atau mengganti pidana qishash tersebut dengan pidana yang lain). Demikian pula sebaliknya, apabila korban atau keluarga korban menghendaki memberi maaf terhadap pelaku jarimah qishash (baik disertai dengan tuntutan diyat / ganti rugi atau memberi maaf secara mutlak / tanpa ganti rugi), maka dalam hal ini hakim dengan lembaga peradilannya pun juga harus merealisasikan sikap korban atau keluarga korban tadi dalam vonisnya (betapapun hakim ingin sekali menghukum qishash pelaku jarimah tersebut). Konsepsi pembedaan yang demikian ini barangkali adalah menjadi ciri khas pandangan islam

sehingga oleh karenanya maka disebut bahwa hukum pidana Islam adalah hukum publik tetapi berdimensi privat.¹⁸⁶⁾

Selanjutnya unsur terakhir / ketiga dari definisi mengenai hakekat pidana di atas menjelaskan bahwa pidana itu dijatuhkan atau dikenakan kepada seseorang yang setelah melalui pemeriksaan di persidangan pengadilan dinyatakan terbukti bersalah melakukan suatu jarimah (tindak pidana) menurut syari'ah (hukum). Hal ini mengandung pengertian bahwa suatu sanksi pidana tidak dapat dijatuhkan kecuali dalam diri calon terpidana tersebut terdapat / terbukti hal-hal yang merupakan unsur-unsur umum maupun unsur khusus dari jarimah yang dituduhkan kepadanya. Misalnya seseorang oleh hakim akan dijatuhi pidana *hadd* potong tangan karena didakwa telah melakukan jarimah *sirqoh* (tindak pidana pencurian). Dalam konteks demikian, maka pada diri orang tersebut harus terlebih dulu dapat dibuktikan secara yuridis fiqhiyyah (memenuhi unsur materiil jarimah pencurian / *ruknuh maddie*). Kedua, pada saat ia melakukan perbuatan mencuri tersebut harus sudah ada aturan hukum yang isinya melarang perbuatan mencuri (memenuhi unsur formil jarimah / *ruknuh syar'ie*). Selanjutnya yang ketiga, pada saat ia melakukan perbuatan mencuri tersebut ia harus merupakan orang yang secara hukum memiliki kemampuan bertanggung jawab atas perbuatannya (memenuhi unsur moril jarimah / *ruknuh adabie*). Di samping ketiga unsur umum jarimah tersebut, secara khusus kasus terdakwa juga harus merupakan pencurian yang ditinjau dari segi obyek barang yang dicuri harus memenuhi batasan jumlah minimum (*nishab*) yang telah ditentukan oleh

¹⁸⁶⁾ Dalam kaitan di atas, Jimly Ash-Shidiqie menyebutnya sebagai hukum pidana yang memiliki sifat perdata. Pendapat demikian ini dapat dilihat dalam bukunya berjudul *Pembaharuan*

hukum pidana Islam yakni seperempat dinar atau yang senilai dengan itu. Karena Nabi menyatakan bahwa "Tuqtho'ul yaadu min Rubu'i Dinaarin".¹⁸⁷⁾ Artinya, hukuman potong tangan bagi pelaku jarimah pencurian baru dapat diterapkan apabila barang yang dicuri ada senilai seperempat dinar.

Falsafah Pengancaman dan Tujuan Pidana Menurut Pandangan Islam

Logika kehadiran sanksi hukum berupa ancaman pidana terhadap berbagai macam jarimah (tindak pidana), adalah guna menjaga agar orang jangan sampai melakukannya. Sebab apabila hanya sekedar ada larangan hukum atau perintah hukum untuk melakukan suatu perbuatan tanpa disertai atau dikuatkan oleh ancaman sanksi bagi yang melanggarnya, maka sudah barang tentu tidak ada jaminan bahwa aturan hukum tersebut akan dipatuhi. Hal demikian ini sejalan dengan kecenderungan hawa nafsu yang ada dalam jiwa manusia sendiri yang bersifat selalu ingin mengabaikan perintah atau melanggar larangan.¹⁸⁸⁾

Jadi, kehadiran ancaman sanksi pidana yang tercantum dalam norma-norma hukum pidana, secara filosofis adalah mengandung maksud agar ancaman sanksi tersebut dapat memberikan semacam paksaan psikologis atau kekuatan untuk mengerem / mencegah diri pada orang-orang yang akan melakukan pelanggaran hukum. Ancaman pidana dapat diharapkan memiliki daya paksa psikologis seperti di

Hukum Pidana Indonesia (Studi tentang Bentuk-bentuk Pidana dalam Tradisi Hukum Fiqih dan Relevansinya Bagi Usaha Pembaharuan KUHP Nasional), Angkasa, Bandung, 1995, hal. 118.

¹⁸⁷⁾ Hadits riwayat Imam Baihaqi dari Ibnu 'Abbaas. Dalam versi yang lain batas nishab pencurian yang dapat dikenai pidana had potong tangan di atas disebutkan bahwa *laa tuqtha'ul yaadu illa fii diinarin au asyraa daraahima*. Artinya tidaklah dipotong tangan seorang pencuri kecuali barang yang dicurinya ada senilai 1 dinar atau sepuluh dirham. Namun hadits versi terakhir ini dinilai sebagian besar ulama hadits sebagai dlo'if (lemah untuk dijadikan dasar hukum).

atas karena didalam pidana sebagaimana diuraikan terdahulu, hakekatnya terkandung suatu penderitaan / nestapa yang akan dirasakan oleh orang yang mengalaminya. Sehingga apabila orang yang punya niat untuk melanggar hukum / akan melakukan suatu tindak pidana kemudian ia tahu bahwa kalau tetap berbuat jarimah (tindak pidana) ia akan menerima pemidanaan tertentu yang akan menderitakan dirinya, maka pengetahuan atau kesadarannya tersebut diharapkan pada akhirnya dapat mencegah dirinya sendiri untuk tidak jadi melakukan pelanggaran hukum tersebut. Sebab fitrah hidup manusia adalah selalu ingin memperoleh kebahagiaan dan di sisi lain selalu ingin menghindari kesengsaraan.¹⁸⁹⁾

Dalam tataran teoritis, filosofi pengancaman pidana seperti dijelaskan di atas pernah dikemukakan oleh pakar hukum pidana Jerman von Fauerbacht dengan teorinya yang terkenal dengan sebutan "Psychologischen Zwang". Intinya teori ini mengajarkan bahwa sanksi pidana perlu diancamkan / dicantumkan dalam perundang-undangan pidana maksudnya ialah agar setiap orang mengetahui dan akhirnya mau membayangkan bahwa pidana tersebut akan mengenai dirinya yaitu apabila ia melanggar hukum pidana (melakukan kejahatan). Selanjutnya apabila orang sudah mengetahui dan mampu membayangkan pidana seperti itu, maka ia dapat diharapkan mampu mencegah dirinya dari melakukan kejahatan.

¹⁸⁸⁾ Perhatikan ketentuan Qur'an surat Yusuf ayat 53 yang berbunyi : *Inna amnafsa laammaaratun bissuui*. Artinya sesungguhnya hawa nafsu selalu berkecenderungan menyeret seseorang ke dalam kejahatan.

¹⁸⁹⁾ Perhatikan ketentuan Qur'an surat Al-Ma'aarij ayat 19-21 yang berbunyi : *Inna al insana khuliqa hahu'a. Idzaa massahu assyarru jazuu'a. Wa idza massahu al khairu manuu'a*. Artinya, sesungguhnya manusia diciptakan dalam keadaan keluh kesah. Apabila penderitaan menimpanya maka ia meradang dan apabila kebahagiaan diperolehnya, maka ia seolah tidak merasakannya (sebagai nikmat Tuhan).

Dalam Islam hal-hal yang merupakan substansi teori *Psychologischen Zwang* tersebut, terdapat dalam Al Qur'an yakni sebagaimana tercantum pada Surat Al-Baqarah ayat 179. Tekstualitas ayat tersebut berbunyi : *walakum fil qishaashi hayatun yaa ulil albaabi la'allakum tattaquun*. Artinya, Dan bagi kamu sekalian, dalam hukum qishash itu sesungguhnya terdapat jaminan kelangsungan hidup, hai orang-orang yang berakal agar supaya kamu menjadi orang yang bertaqwa.¹⁹⁰⁾

Berdasarkan ketentuan Q.S Al-Baqarah: 179 di atas, ada perintah dari Allah agar orang-orang mau berpikir dengan akalnyanya mengenai ancaman pidana qishash yang diperuntukkan bagi pelaku jarimah qishash. Perintah berpikir tersebut mengandung maksud agar orang-orang yang mempunyai niat melakukan jarimah (tindak pidana) qishash baik pembunuhan maupun penganiayaan agar segera memiliki bayangan (sebagai hasil dari pemikirannya) tentang penderitaan yang akan dialaminya yang timbul dari pidana qishash seandainya ia melaksanakan niatnya tersebut. Sehingga akhirnya, apabila orang-orang sudah memiliki pemikiran yang demikian ini, maka pemikiran / kesadaran tersebut diharapkan mampu mencegahnya dari niat melakukan jarimah qishash tadi. Kalau jarimah qishash (khususnya pembunuhan) tidak terjadi, maka berarti kehidupan manusia telah terpelihara. Inilah yang dimaksudkan dari ayat "*walakum fil qishaashi hayatun*".¹⁹¹⁾

Dalam tataran logika, harapan terhadap kemampuan dari eksistensi ancaman pidana sebagai alat paksaan psikologis bagi calon-calon pelaku tindak pidana,

¹⁹⁰⁾ Al qur'an dan Terjemahannya, Penerbit Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi Tahun 1993/1994, hal. 44.

¹⁹¹⁾ Muhammad Ali Asshaabuni, *Op. Cit. (Rawaa'ulbayan Tafsiru ayatil ahkam minal Qur'an)*, hal. 171. Lihat juga Fikri Ahmad Akkaaz, *Op. Cit.*, hal. 171-189.

sesungguhnya dapat dipahami melalui sifat / karakter dasar setiap manusia. Pada intinya, setiap manusia memiliki dua karakter pokok, yaitu pada satu sisi selalu ingin meraih keuntungan dan pada sisi lain selalu ingin menghindari kerugian. Dua karakter pokok tersebut dikembangkan oleh setiap manusia dengan berbagai cara dalam rangka mencapai tujuan untuk dapat survive (bertahan) dalam kehidupan ini. Namun dalam realitas, praktek-praktek yang dikembangkan manusia dalam rangka survival tersebut, kebanyakan lebih condong bersifat "machiavelis" atau menghalalkan segala cara karena pengaruh tarikan hawa nafsunya (perhatikan kembali Q.S. Yusuf:53 dan Al-Ma'aarij:19-21). Akibatnya hukum rimba (dalam arti yang kuat akan memangsa yang lemah) akan menjadi kaidah kehidupan sehingga dalam kehidupan masyarakat manusia yang demikian ini selalu akan terjadi "anarchie sosial" (kekacauan). Salah satu upaya untuk mencegah kemungkinan praktek-praktek hukum rimba yang berimplikasi anarchie sosial tersebut, maka masyarakat manusia menyusun suatu kaidah sosial yang kemudian disebut dengan norma hukum. Hukum tersebut dimaksudkan sebagai suatu sistem untuk menata kehidupan manusia agar tertib (sering disebut dengan teori mengenai fungsi hukum sebagai social order). Tetapi, sekalipun kaidah hukum telah disusun dan dihadirkan dalam kehidupan masyarakat manusia dengan tujuan-tujuan seperti di atas, ternyata dalam kenyataan hanya sebagian kecil saja anggota masyarakat yang benar-benar menyadari fungsi kehadiran hukum tersebut dan kemudian mau mentaatinya secara sungguh-sungguh. Sebaliknya, justru sebagian besar anggota masyarakat kurang atau bahkan tidak mau menyadari fungsi dan tujuan kehadiran kaidah hukum di tengah

kehidupan mereka sehingga mereka merasa enteng (tidak merasa bersalah) melakukan suatu kejahatan / pelanggaran hukum (baca: tidak mentaati hukum). Terhadap kelompok masyarakat yang bersikap tidak mau mentaati hukum yang justru jumlahnya merupakan bagian terbesar inilah, kiranya diperlukan suatu sarana atau alat yang memaksa mereka untuk mau mentaati hukum. Alat pemaksa itu antara lain ialah pencantuman ancaman sanksi pidana yang hakekatnya merupakan suatu penderitaan yang tentu akan dihindari oleh setiap manusia karena dapat merugikan dirinya.¹⁹²⁾

Selanjutnya, apabila suatu jarimah (tindak pidana) benar-benar telah terjadi dan terhadap pelakunya memang harus dijatuhkan suatu sanksi pidana, maka dalam Islam penjatuhan pidana tersebut harus diorientasikan pada tujuan-tujuan tertentu yang secara prinsip tidak berbeda dengan tujuan umum / inti dari disyariatkannya hukum Islam (*al maqaashidu attasyri'iiyyatu*) sebagaimana telah dipaparkan dalam sub bab terdahulu yaitu *jal bul mashaalihi wa dar ul mafaasidi* (menciptakan kemashalahatan dan mencegah kerusakan).

Namun demikian, khusus dalam konteks ppidanaan menurut penelitian para ulama, Islam menggariskan setidaknya ada dua macam tujuan ppidanaan ini. Pertama, tujuan yang bersifat relatif (*al ghardul qaariib*) yakni untuk menghukum (menimpakan rasa sakit kepada pelaku tindak pidana yang pada umumnya dapat mendorongnya untuk bertobat) sehingga ia menjadi jera serta tidak mau mengulangi kembali kejahatannya dan orang lain pun supaya tidak berani mengikuti jejaknya.

¹⁹²⁾ Disarikan dari wawancara dengan nara sumber hukum Islam Syamsul Anwar, M.A. tanggal 20 Juni 2000.

Kedua, tujuan yang bersifat absolut (al ghardlul ba'iid) yakni untuk melindungi kemaslahatan umum.¹⁹³⁾

Di samping itu, pembedaan menurut Islam juga dikonsepkan untuk mewujudkan fungsi-fungsi utamanya yang biasa disebut oleh para ulama sebagai fungsi *zawaajir* dan fungsi *jawaabir*. Dalam konteks *zawaajir* maksudnya pembedaan itu berfungsi untuk menyadarkan pelaku tindak pidana agar tidak mengulangi lagi kejahatan di masa mendatang dan agar hukuman itu pun dapat menjadi pelajaran bagi orang lain sehingga tidak berani melakukan tindak pidana. Tegasnya fungsi pembedaan di sini merupakan hal yang berkonotasi duniawi. Sedangkan dalam konteks *jawaabir*, yang di maksud ialah bahwa pembedaan itu berfungsi untuk menyelamatkan terpidana dari siksa di akhirat kelak. Dengan kata lain untuk menghapuskan dosa atas tindak pidana yang dilakukannya. Jadi fungsi pembedaan *jawaabir* ini adalah berkonotasi ukhrawi. Sungguh pun demikian dalam khasanah literatur, para ulama masih berbeda pandangan. Sebagian mereka ada yang lebih menonjolkan sisi *zawaajir*nya pembedaan, sementara sebagian yang lain ada yang lebih menonjolkan sisi *jawaabir*nya.¹⁹⁴⁾

Dalam khazanah literatur tentang ilmu hukum pidana barat, pembahasan mengenai hal-hal yang harus menjadi tujuan penjatuhan pidana (tujuan pembedaan) telah melahirkan berbagai macam teori. Teori yang paling tua yaitu "retribution

¹⁹³⁾ Fikri Ahmad Akkaaz, *Op. Cit.*, hal. 49-55. Lihat pula pandangan 'Ali Rasyid dalam *Syarah fathul Qadir*, Jilid IV, Al Maktabah at-Tijaariyah al Kubra, Mesir, 1969, hal. 111-112.

¹⁹⁴⁾ Ibrahim Husain, *Jenis-jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam (Reinterpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan)*, Artikel sumbangan dalam buku *Wacana Baru Fiqih Sosial*, memperingati 70 tahun KH. Ali Yafie, Mizan, Bandung, 1997, hal. 100.

theory", mengajarkan bahwa tindakan pemidanaan terhadap seorang pelaku suatu kejahatan adalah mutlak sifatnya sebagai balasan atas kejahatannya tersebut. Oleh karena orientasi utama pemidanaan adalah untuk membalas dan pembalasan itu bersifat mutlak (absolut), maka teori ini sering pula disebut dengan "teori pembalasan" atau "teori absolute". Keharusan untuk membalas kejahatan pelaku tersebut sesungguhnya lebih didasarkan atas perlunya dalam kehidupan masyarakat itu dijaga suasana keseimbangan. Maksudnya, menurut azas / prinsip "nilai keseimbangan" yang menjadi basis filosofis teori ini, agar kehidupan masyarakat manusia itu terjaga keseimbangannya maka harus dilandasi prinsip universal yang mengajarkan bahwa "orang yang baik harus memetik buahnya yaitu bahagia, dan sebaliknya orang yang jahat pun harus memetik buahnya yaitu menderita". Berdasarkan prinsip demikian, maka logikanya apabila ada seseorang melakukan suatu kejahatan ia harus memetik buahnya yakni ia harus menderita. Kehidupan masyarakat manusia akan goncang apabila ada pelaku kejahatan tetapi justru bersenang-senang dengan kejahatannya tersebut. Oleh sebab itu, ia harus merasakan penderitaan agar kehidupan masyarakat kembali seimbang. Adapun salah satu tindakan yang dapat menimbulkan penderitaan terhadap pelaku kejahatan antara lain adalah berupa pemberian suatu sanksi pidana (pidanaan). Hal demikian ini karena hakekat pidana adalah suatu nestapa / derita. Dalam konteks pemikiran seperti di atas maka wajar apabila menurut teori pembalasan ini, tujuan pemidanaan tiada lain ialah untuk membalas kejahatan pelaku.

Ada pula teori lain mengenai tujuan pemidanaan ini yaitu yang di kenal dengan sebutan "prevention of crime theory". Secara inti teori ini mengajarkan bahwa tindakan pemidanaan terhadap pelaku kejahatan adalah memiliki maksud / tujuan agar kejahatan tidak terulang lagi baik oleh terpidana maupun oleh anggota masyarakat umum lainnya (*special prevention* dan *general prevention*). Oleh karena itu maka teori pencegahan kejahatan ini juga disebut sebagai "teori tujuan". Seringkali pula disebut dengan "teori relatif", karena sifat dari tujuan *prevention of crime* tersebut tingkat keberhasilannya adalah sangat relatif serta terkait dengan banyak faktor pendukung.

Perkembangan paling mutakhir dari ilmu tentang pemidanaan ini, juga telah melahirkan suatu teori mengenai tujuan pemidanaan yang populer disebut "utilitarianisme theory". Artinya tindakan pemidanaan terhadap pelaku suatu kejahatan harus dapat diprediksikan akan melahirkan berbagai kemanfaatan (utilitas) baik bagi korban kejahatan secara langsung, bagi masyarakat luas maupun bahkan bagi terpidana itu sendiri. Deskripsi kongkritnya, dengan penjatuhan pidana diharapkan korban bisa merasakan kepuasan batiniah karena telah terbalaskan rasa dendamnya kepada pelaku kejahatan. Dengan penjatuhan pidana diharapkan juga masyarakat kembali menjadi tenang dan tidak khawatir lagi karena ancaman kejahatan pelaku yang sewaktu-waktu bisa menimpa mereka telah ditanggulangi. Begitu pula, dengan penjatuhan pidana diharapkan bisa menjadi "jembatan" bagi

terpidana untuk menyadari kesalahannya dan selanjutnya mau bertobat hingga kembali menjadi warga masyarakat yang baik dan berguna.¹⁹⁵⁾

Secara konseptual, berbagai teori tentang tujuan pemidanaan di atas sesungguhnya telah digariskan dalam ajaran Islam melalui beberapa ketentuan surat dan ayat dalam Al Qur'an.

Dalam Q.S Al-Maaidah ayat 38 misalnya, secara eksplisit Allah menegaskan bahwa tujuan pertama dijatuhkannya pidana hadd potong tangan bagi pelaku jarimah (kejahatan) pencurian ialah sebagai balasan atas perbuatan pencuri tersebut. Adapun tekstualitas dari bunyi ayat yang dimaksudkan di atas ialah sebagai berikut :
 “wassaariqu wassaariqatu faqtha’uu aidiyahuma jazaaan bima kasaban”. Artinya, laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri potonglah tangan keduanya sebagai balasan atas perbuatannya itu”.¹⁹⁶⁾ Berdasarkan ayat ini, maka sesungguhnya konsep mengenai tujuan pemidanaan menurut pandangan Islam menegaskan suatu orientasi yang bersifat "retribution" atau penjatuhan pidana sebagai pembalasan terhadap kejahatan yang dilakukan seseorang.

Namun demikian dalam orientasi pidana sebagai pembalasan tersebut, secara implisit juga terkandung tujuan lain yaitu untuk memberi peringatan khususnya kepada terpidana agar dimasa mendatang tidak mengulangi kejahatan lagi (*special*

¹⁹⁵⁾ Paparan mengenai pemikiran-pemikiran pokok berkaitan dengan teori-teori tujuan pemidanaan di atas, antara lain dapat dilihat dalam PAF. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984, hal. 10-22. Lihat juga Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hal. 10-25. Demikian pula dapat dilihat dalam Andi Hamzah dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983, hal. 23-28.

¹⁹⁶⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal. 165.

prevention) . Dan untuk tujuan ini sangat besar kemungkinannya diharapkan berhasil mengingat terpidana secara kongkrit telah merasakan sendiri betapa menderitanya pidana yang menimpa seseorang. Sehingga oleh karenanya di masa mendatang tentu ia akan berusaha untuk mencegah dirinya dari terlibat kejahatan lagi karena hikmah pidana yang telah dirasakannya tersebut. Selain itu, berdasarkan ayat di atas sesungguhnya juga bisa dipahami bahwa tujuan pemidanaan "untuk membalas kejahatan terpidana dan sekali gus juga untuk memperingatkan terpidana agar tidak melakukan kejahatan lagi di masa mendatang" tersebut, adalah terkandung juga suatu makna lain yakni agar pemidanaan itu juga memiliki nilai utilitas (kemanfaatan) terhadap diri terpidana. Sebab ia baru bisa merasa diperingatkan apabila dalam pemidanaan tersebut terdapat hal-hal yang bisa menyadarkannya mengenai kesalahan (baca: kejahatan) yang telah dilakukannya. Sehingga dengan kesadarannya yang muncul karena tindakan pemidanaan di atas diharapkan ia bisa mencegah diri untuk tidak melakukan kejahatan lagi serta kembali menjadi manusia yang bertobat dan baik / berguna dalam kehidupan di masyarakat (perhatikan kembali uraian tentang fungsi *zawaajir* dan *ghardul qarib* dari pemidanaan menurut Islam yang telah dipaparkan terdahulu).

Selanjutnya di samping Q.S surat Al-Maaidah : 38, ketentuan dalam surat An-Nuur ayat 2 juga menggariskan konsep pemidanaan menurut Islam yang berorientasi pada upaya "prevention of crime" khususnya untuk mencegah masyarakat luas dari kemungkinan ikut melakukan kejahatan seperti terpidana maupun kejahatan lainnya (*general prevention*). Adapun bunyi ayat yang dimaksudkan ialah : "wal yasyhad 'adzaabahuma thaaifatun minal mu'minin".

Artinya, dan hendaklah pelaksanaan pidana cambuk terhadap kedua pelaku zina tersebut disaksikan oleh sekumpulan dari orang-orang mukmin lainnya”.¹⁹⁷⁾ Perintah agar masyarakat menyaksikan pelaksanaan pidana yang cukup keras tersebut tentu mengandung maksud / tujuan agar masyarakat umum bisa mengambil pelajaran dari tegasnya penegakan hukum (sanksi pidana hadd zina), sehingga mereka bisa berusaha untuk mencegah diri dari melakukan perbuatan seperti terpidana (fungsi pembedaan yang bersifat *zawaajir*).

Stelsel Pidana dalam Hukum Pidana Islam

Dalam hukum pidana Islam jenis-jenis pidana sebagai sanksi adalah berkaitan erat dengan jenis-jenis tindak pidana yang sangat beragam tergantung pada sudut pandang/tinjauan dalam memahami jenis-jenis pidana tersebut.¹⁹⁸⁾ Namun secara prinsip, sebagaimana telah dipaparkan pada sub bab IV.A mengenai konsep hukum Islam tentang tindak pidana khususnya pada point IV.A.1.3. tentang kualifikasi tindak pidana menurut Islam, dapat diketahui bahwa pada dasarnya tindak pidana dalam hukum Islam itu dapat dikelompokkan ke dalam tiga jenis, yaitu tindak pidana hudud, tindak pidana qishash dan tindak pidana ta'ziir. Oleh karena itu pula maka dalam kaitannya dengan masalah stelsel pidana ini pun, pada dasarnya juga dapat dikategorikan ke dalam tiga jenis pokok sebagai berikut ::

¹⁹⁷⁾ Al Qur'an dan Terjemahannya, Departemen Agama RI, Jakarta, Edisi 1993/1994, hal. 543.

¹⁹⁸⁾ Abdus Salam Arif dalam bukunya Fiqih Jinayat (Hukum Pidana Islam), Penerbit Ideal, Yogyakarta, 1987, hal. 4-10, misalnya membagi jenis-jenis jarimah (tindak pidana) berdasarkan berbagai macam tinjauan antara lain sebagai berikut : (1) dari segi berat ringannya hukuman, tindak pidana dibedakan menjadi (a) tindak pidana hudud, (b) tindak pidana qishash, dan (c) tindak pidana ta'ziir; (2) dari segi niat pelaku, tindak pidana dibedakan menjadi (a) tindak pidana sengaja (*al jariimatu al maqshuudati*), (b) tindak pidana serupa sengaja (*al jariimatu syibhil maqshuudati*), dan (c) tindak pidana lalai (*al jariimatu ghairil maqshuudati*); (3) dari segi cara dilakukannya tindak

- 1) Pidana Hudud (*al 'uquubatul huduud*): ialah pidana yang diancamkan sebagai sanksi terhadap jarimah (tindak pidana) hudud yang telah ditentukan secara jelas dan tegas di dalam nash qur'an maupun nash hadits baik mengenai bentuk pidananya, berat ringannya, maupun cara eksekusinya.¹⁹⁹⁾ Contohnya seperti pidana cambuk 100 kali bagi pelaku zina berdasarkan Q.S An-Nuur : 2, pidana potong tangan bagi pelaku pencurian berdasarkan Q.S Al-Maaidah: 38 dan lain sebagainya.
- 2) Pidana Qishash (*al uquubatul qishash*): yaitu pidana yang diancamkan sebagai sanksi terhadap jarimah qishash yang bentuknya, berat ringannya, maupun cara eksekusinya mengikuti atau disamakan secara persis terhadap perbuatan terpidana yang telah mengakibatkan terjadinya jarimah qishash baik berupa pembunuhan maupun penganiayaan.²⁰⁰⁾ Contohnya orang yang membunuh orang lain dengan cara menusukkan pisau ke jantung korban secara sengaja, maka penerapan pidana qishashnya adalah dengan cara yang sama persis bagaimana pelaku jarimah membunuh korbannya tersebut. Begitupun dalam hal jarimah qishash penganiayaan. Dalam berbagai literatur kajian tentang pidana qishash ini seringkali selalu dikaitkan dengan masalah *diyat* sehingga menjadi pidana *qishash – diyat*. Hal demikian ini karena dalam hukum Islam, pidana qishash itu memang dapat digugurkan pengenaannya terhadap calon terpidana dan diganti dengan pidana diyat (ganti rugi) dengan syarat-syarat tertentu. Jadi berdasarkan hal ini, dapat dipahami bahwa pidana diyat sesungguhnya posisinya adalah sama

pidana, dibedakan menjadi (a) tindak pidana positif / dengan berbuat sesuatu (*al jariimatu al ijaabiyyati*), (b) tindak pidana negatif / dengan tidak berbuat sesuatu (*al jariimatu as-salbiyyati*).

¹⁹⁹⁾ Fikri Ahmad Akkaaz, *Oip. Cit*, hal. 69.

dengan pidana qishash tetapi aplikasinya harus berdasarkan hal-hal tertentu yang akan diuraikan kemudian nanti.

- 3) Pidana Ta'ziir (*al 'uquubatut ta'ziir*): yaitu pidana yang diancamkan sebagai sanksi terhadap jarimah ta'ziir yang tidak ditentukan secara jelas dan tegas oleh nash qur'an maupun nash hadits. Oleh karena itu, maka penerapan kebijakan mengenai bagaimana seharusnya bentuk pidana ta'ziir, berat ringannya, dan cara-cara eksekusinya sepenuhnya merupakan wilayah kewenangan manusia yakni melalui penetapan perundang-undangan oleh penguasa atau melalui ijtihad hakim dalam vonnis hukumnya.²⁰¹⁾

Di samping jenis-jenis pidana di atas, dilihat dari segi pengelompokan tingkat status suatu sanksi pidana, dalam hukum pidana Islam dikenal pula beberapa jenis pidana lain sebagai berikut :²⁰²⁾

- 1) Pidana Pokok (*al 'uquubatul ashliyah*): yaitu pidana yang dicantumkan sebagai sanksi hukum utama dalam suatu aturan hukum mengenai jarimah (tindak pidana) baik yang terdapat dalam nash qur'an / hadits maupun perundang-undangan (qonun). Contohnya ialah beberapa jenis pidana hudud sebagai sanksi pidana pokok untuk hukum tentang jarimah hudud, pidana qishash sebagai sanksi pidana pokok untuk hukum tentang jarimah qishash dan lain-lain.
- 2) Pidana Pengganti (*al 'uquubatul badliyah*): yaitu pidana yang pencantuman dan penerapannya berfungsi sebagai pengganti pidana pokok, dimana karena suatu alasan yang sah pidana pokok tersebut tidak dapat diterapkan. Contohnya ialah

²⁰⁰⁾ *Ibid*, hal. 161-162.

²⁰¹⁾ *Ibid*, hal. 327-328.

²⁰²⁾ Abdus Salam Arif, *Op. Cit*, hal. 53. Lihat juga A. Jazuli, *Op. Cit.*, hal 28-30.

pidana diyat (ganti rugi) sebagai pengganti dari pidana pokok qishash, pidana ta'ziir sebagai pengganti dari pidana pokok hadd potong tangan pada kasus pencurian dalam lingkungan keluarga, dan lain-lain.

- 3) Pidana tambahan (*al 'uquubatut taba'yah*): yaitu pidana yang penerapannya mengikuti adanya penjatuhan pidana pokok secara otomatis (tanpa memerlukan putusan hakim tersendiri). Contohnya pidana pencabutan hak sebagai saksi di pengadilan terhadap pelaku tindak pidana qodzaf yang dijatuhi pidana pokok cambuk 80 kali, pidana pengasingan terhadap pelaku zina ghairu muhsan yang dijatuhi pidana pokok cambuk 100 kali, pidana pencabutan hak sebagai ahli waris terhadap anak yang membunuh bapaknya dimana pidana pokoknya berupa qishash menjadi gugur karena ia merupakan keluarga korban, dan lain-lain.
- 4) Pidana Pelengkap (*al 'uquubatut takmiliyah*): yaitu pidana yang penerapannya mengikuti adanya penjatuhan pidana pokok tetapi tidak bersifat otomatis (harus berdasarkan putusan hakim tersendiri). Contohnya apabila pengadilan berkehendak agar potongan tangan dari pencuri yang telah dieksekusi pidana hadd-nya dikalungkan ke leher terpidana dan diarak keliling kampung agar menjadi pelajaran/ peringatan bagi masyarakat luas, maka tindakan demikian ini baru dapat dibenarkan apabila dalam bunyi vonnis hakim saat menjatuhkan pidana hadd potong tangan sebagai pidana pokok memang dinyatakan demikian.

Dalam rangka untuk mendapatkan gambaran dan pemahaman yang lebih mendalam tentang konsep implementasi dari jenis-jenis pidana di atas dalam praktek peradilan, maka di bawah ini akan diuraikan beberapa pemikiran sebagai berikut .

Konsepsi Pemidanaan Hudud.

Pidana Hudud, sebagaimana dikemukakan definisinya terdahulu, ialah pidana yang telah ditentukan secara jelas dan tegas dalam nash Qur'an maupun nash hadits baik mengenai jenis-jenisnya, berat ringannya maupun cara-cara eksekusinya (pelaksanaannya). Dalam hukum pidana Islam, perbuatan-perbuatan terlarang yang pelakunya dapat dikenai sanksi pidana dengan tipologi seperti di atas, jumlahnya sangat terbatas.

Setidaknya ada 7 (tujuh) macam perbuatan terlarang yang dikategorikan sebagai jarimah (tindak pidana) hudud dengan ancaman pidana hudud yang sangat ketat batasan-batasannya itu. Adapun tujuh macam jarimah hudud beserta sanksi-sanksi pidananya itu ialah sebagai berikut :

1. Jarimah Zina

Berdasarkan hadits nabi, pelaku perbuatan zina ini dapat dikenai ancaman pidana mati melalui cara "rajam" apabila pelaku tersebut berstatus sebagai pezina "mukhsan" (orang yang sudah berkeluarga / bersuami-istri). Hadits tersebut ialah hadits riwayat Abu Daud dari Abdullah bin Abbas yang berbunyi: *ats-tsayyibu bits-tsayyibi rajamun bil hijaarati*. Artinya, pezina laki-laki dan perempuan yang sudah berkeluarga lemparilah (rajamilah) dengan batu. Sedangkan apabila pelaku zina tersebut berstatus sebagai "ghoiru mukhsan" (belum berkeluarga / masih lajang) maka ancaman pidananya ialah "penjara seumur hidup" (berdasarkan Q.S An-Nisaa' : 15) atau sebagai alternatifnya adalah pidana "cambuk" seratus kali (berdasarkan Q.S. An-Nuur: 2). Kedua jenis pidana di atas (penjara seumur hidup dan cambuk) kedudukannya adalah sebagai pidana pokok (*al-'uqubah al-*

ashliyyah). Selain pidana pokok di atas, pelaku jarimah zina ghoiru mukhsan tersebut juga masih dapat dikenai ancaman pidana tambahan (*al-'uqubah at-taba'iyah*) yakni berupa pidana pengasingan (baca: penjara) selama kurun waktu 1 (satu) tahun (berdasarkan hadits nabi "*al bikru bil bikri jaldu mi'atin wa taghribuu 'aamin*"). Artinya, pezina laki-laki dan perempuan yang sama-sama bujang cambuklah seratus kali dan asingkanlah selama 1 tahun).

2. Jarimah Qodzaf

Perbuatan menuduh orang lain telah berbuat zina tetapi tidak bisa membuktikan tuduhannya ini, berdasarkan ketentuan Q.S An-Nuur : 4-5 pelakunya dapat dikenai ancaman pidana "cambuk" sebanyak 80 (delapan puluh) kali. Disamping itu pelaku jarimah tersebut juga masih dapat dikenai ancaman pidana tambahan yakni berupa pidana "pencabutan hak sebagai saksi di pengadilan" sampai dengan batas waktu dimana terpidana sudah dapat menunjukkan tanda-tanda tobat dan penyesalan atas perbuatan yang telah dilakukannya. Jadi lamanya waktu dari penjatuhan pidana tambahan pencabutan hak sebagai saksi dalam konsep Islam tidak dibatasi dengan limitasi waktu tertentu (seperti hari/bulan/tahun sebagaimana konsep barat) melainkan berdasarkan realitas perbaikan diri yang dapat ditunjukkan oleh terpidana.

3. Jarimah Sirqoh

Perbuatan pencurian ini, berdasarkan ketentuan Q.S Al-Maaidah: 38 pelakunya dapat dikenai ancaman pidana berupa "potong tangan". Namun apabila kasus pencurian yang terjadi adalah dalam lingkungan keluarga (seperti seorang ayah mencuri harta anaknya atau sebaliknya), maka berdasarkan hadits nabi "*anta*

wamaaluka li abiika" (kamu dan harta milikmu hakekatnya adalah kepunyaan kedua orang tuamu), pidana hadd potong tangan tersebut tidak dapat diterapkan. Sebagai penggantinya dalam rangka *li at-ta'dieb* (untuk memberi peringatan kepada sang ayah atau sang anak yang mencuri harta keluarganya agar tidak melakukannya lagi di masa-masa mendatang), hakim diperbolehkan menjatuhkan pidana "ta'ziir" yang bentuknya diserahkan sepenuhnya kepada kebebasan hakim. Sepanjang dengan pidana ta'ziir tersebut tujuan *li at-ta'dieb* di atas dapat terrealisasi.

4. Jarimah Khirobah

Perbuatan khirobah yang sering diartikan sebagai perampokan atau dalam makna yang lebih luas bisa juga diartikan sebagai "membuat kerusakan / kerusakan secara luas" (... *fasaadan fi al-ardl* ...), berdasarkan ketentuan Q.S Al-Maaidah:33 pelakunya dapat dikenai ancaman berbagai macam jenis pidana yang disesuaikan dengan akibat riil akhir yang nyata-nyata terjadi karena perbuatan pelaku jarimah khirobah tersebut. Ada 4 (empat) macam jenis pidana menurut ayat ini. Yaitu (a) ancaman pidana mati dengan cara salib (*an yushallabu*) yang diancamkan kepada pelaku khirobah yang berakibat terampasnya harta korban sekaligus juga berakibat matinya korban. (b) Ancaman pidana mati biasa (*an yuqattalu*) yang eksekusinya bisa dilakukan dengan cara apapun berdasarkan undang-undang yang diancamkan kepada pelaku jarimah khirobah yang berakibat matinya korban semata (hartanya tidak terampas). (c) Ancaman pidana potong tangan dan kaki secara silang (*an tuqaththa'a aidihim wa arjulihim min*

khilaafin), dalam arti tangan kanan dengan kaki kiri atau sebaliknya yang diancamkan kepada pelaku khirobah yang hanya berakibat terampasnya harta korban semata (sedang jiwanya masih selamat) dan (d) ancaman pidana pengasingan (*auyunfau minal ardli*) yang diancamkan kepada pelaku khirobah dalam wujud membuat resah / khawatir dalam kehidupan masyarakat luas (misalnya mengancam dengan menakut-nakuti), tetapi tidak ada korban baik berupa terampasnya harta maupun nyawa seseorang.

5. Jarimah Syurbah

Perbuatan mabuk yang esensinya berupa penghilangan kesehatan akal sehingga pelakunya tidak mampu mengontrol diri atas tindakan-tindakannya, berdasarkan Q.S Al-Maaidah:90-91 beserta hadits nabi (*man syaraba al khamra fajliduuhu fa in 'aada fajliduuhu*), perbuatan tersebut dinyatakan terlarang dan pelakunya dapat dikenai ancaman pidana berupa "cambuk" sebanyak 40 (empat puluh) kali. Namun demikian, berdasarkan praktek hukum sahabat (c.q Umar) bagi pemabuk yang bersifat *recidive* (sudah berulang kali) maka pidana cambuk tersebut dapat ditingkatkan (baca: diperberat) menjadi sebanyak 80 (delapan puluh) kali.

6. Jarimah Riddah

Perbuatan keluar dari agama Islam yang pelakunya sering disebut sebagai "murtad" ini, berdasarkan ketentuan dalam al-qur'an maupun al hadits, ancaman pidananya secara kategoris dapat diklasifikasikan sebagai berikut : (a) Apabila riddah yang dilakukan seseorang adalah hanya untuk dirinya sendiri (tidak mengajak serta muslim yang lain ikut murtad seperti dirinya) dan saat riddah terjadi negara dalam keadaan damai (tidak sedang berperang dengan negara lain),

maka riddah demikian ini hanya dikenai ancaman pidana yang bersifat ukhrowi. Hal ini karena berkaitan erat dengan konsep Islam yang prinsipnya juga sangat menjunjung tinggi hak kebebasan beragama. (perhatikan misalnya Q.S. Al Baqarah: 256 "*Laa ikraha fiddiini*", QS. Al Alkahfi: 29 "*Al haqqu mirrabbika faman syaaa fal yukmin waman syaaa fal yakfur*"), (b) Apabila riddah yang dilakukan seseorang sekalipun terjadi pada saat negara sedang dalam keadaan damai (tidak berperang) tetapi apabila dalam riddah tersebut pelaku juga mengajak serta muslim lainnya untuk turut murtad seperti dirinya, maka pelaku riddah yang demikian ini diancam pidana "ta'ziir", yang wujudnya diserahkan kepada kebebasan hakim sepanjang menurut pertimbangannya dengan jenis pidana ta'ziir yang dijatuhkannya itu dapat mewujudkan tujuan pencegahan riddah secara meluas yang dapat membahayakan eksistensi agama Islam. (c) Apabila riddah yang dilakukan seseorang sudah bersifat desersif, artinya selain ia keluar dari agama Islam ia juga bergabung dengan musuh Islam, maka riddah dalam keadaan demikian ini pelakunya dapat dikenai ancaman pidana mati. Pengancaman pidana jenis ketiga ini tentu saja apabila riddah yang dilakukan pelaku terjadi saat negara sedang berperang dengan negara lain (musuh) sehingga ada bahaya yang terancam oleh perbuatannya yakni eksistensi agama Islam di satu sisi dan keselamatan ummat Islam di sisi lain. (Perhatikan beberapa hadits nabi seperti : *Laa yahillu daamumriin muslimin illaa bi ihdaa tsalaatsin: kufirin ba'da imanin, wazinan ba'da ihshaanin, waqatli nafs bighairi nafs*, yang artinya tidak dihalalkan seorang muslim dibunuh kecuali dalam salah satu 3 perkara berikut ini : orang yang kufur setelah iman, orang yang berzina dengan

status mukhson dan orang yang membunuh seseorang lain tanpa alasan yang haq. Perhatikan juga hadits lain seperti *man baddala diinahu faqtuluuhu*, yang artinya barangsiapa menukar agama Islamnya dengan yang lain/murtad, maka bunuhlah ia).

7. Jarimah Bughot

Perbuatan pemberontakan ini sebagaimana di atur ketentuannya dalam Q.S Al-Hujuraat:9 adalah merupakan perbuatan yang sanksi pidananya kurang jelas. Karena dalam ayat tersebut hanya disebutkan bahwa bagi pemberontak, penguasa berhak untuk memerangi mereka sampai bertobat atau menunjukkan sikap setia lagi pada penguasa yang sah (perhatikan ketentuan QS. Al Hujurat:9 di atas yang berbunyi “*fa in baghat ihdaahuma ‘alal ukhra faqaatilu allatii tabghii hatta tafiia ilaa amrillah*”, yang artinya maka apabila salah satu pihak yang berselisih tersebut membangkang kepada penguasa yang sah, perangilah mereka sampai kembali lagi ke jalan Allah). Oleh karena itu sebagian ulama ahli hukum pidana Islam ada yang berpendapat bahwa karena jenis sanksi pidana untuk perbuatan memberontak (yaitu diperangi) adalah merupakan jenis sanksi yang kurang jelas dan tegas mengenai wujudnya, bobotnya dan cara eksekusinya, maka pemberontakan bukanlah termasuk sebagai jarimah hudud. Sebab suatu perbuatan disebut sebagai jarimah hudud ialah apabila perbuatan itu diancam dengan pidana hudud (dalam arti telah ditentukan secara jelas bentuk pidananya, ukuran berat ringannya maupun cara eksekusinya dalam nash al-qur’an maupun al-hadits).

Berbagai macam jenis sanksi pidana hudud di atas, dalam konteks sistem pemidanaan, prinsipnya ialah bahwa pidana itu wajib diterapkan (baca: dilaksanakan apa adanya sesuai dengan ketentuan nash qur'an / hadits tanpa hak sedikitpun bagi hakim untuk merubahnya). Tentu saja keharusan bagi hakim tersebut ialah apabila dalam suatu kasus jarimah hudud yang terjadi telah dapat dibuktikan secara sah dan meyakinkan baik mengenai tuduhan jarimahnya itu sendiri maupun mengenai pertanggung jawaban pidana dari pelakunya.

Dengan demikian, apabila ada dua orang dituduh telah melakukan jarimah zina misalnya, setelah melalui proses persidangan mereka dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan jarimah tersebut, maka dalam hal ini, sesuai prinsip hudud hakim pemeriksa wajib menjatuhkan pidana cambuk 100 kali kepada para terdakwa sebagaimana pidana tersebut telah menjadi ketentuan dalam Q.S An-Nuur:2 maupun hadits nabi. Hakim tidak memiliki kewenangan sedikitpun untuk melakukan perubahan terhadap ketentuan ayat di atas baik dalam bentuk menambah, mengurangi maupun apalagi mengganti jenis pidana cambuk tersebut. Sekalipun keinginan hakim untuk melakukan perubahan pidana yang akan dijatuhkan kepada kedua pelaku zina tersebut sangat kuat. Misalnya karena hakim melihat pertimbangan bahwa kedua pelaku zina masih sangat muda sehingga masih sangat mungkin diarahkan pada perilaku yang lebih baik di masa-masa mendatang, atau karena hakim melihat bahwa kedua pelaku zina selama proses persidangan menunjukkan rasa penyesalan atas jarimah (tindak pidana) yang dilakukannya sehingga perlu diperingan pidananya, dan lain sebagainya. Menurut hukum pidana Islam (dalam hal ini menurut prinsip pemidanaan hudud), berbagai pertimbangan

hakim di atas yang cenderung menilai "kasihan" terhadap pelaku jarimah, tidak boleh berakibat hakim menyimpangi prinsip tegas pemidanaan hudud tersebut, misalnya dalam bentuk mengurangi jumlah pengenaan pidana cambuk dari 100 kali menjadi hanya 50 kali (lima puluh) kali, atau mengganti pengenaan pidana cambuk dengan jenis pidana lain seperti denda, dan lain sebagainya.

Dasar hukum dari prinsip tegas mengenai wajib dilaksanakannya pidana hudud secara apa adanya (sesuai ketentuan qur'an/hadits) di atas, antara lain terdapat dalam :

- a) Q.S An-Nuur : 2 yang berbunyi: "*wa laa ta'khudzkum bi himaa ra'fatun fii diinillahi in kuntum tu'minuna billahi wal yaumil akhiiri*". Artinya, dan janganlah rasa belas kasihan kepada kedua pelaku zina itu mencegah kamu untuk menjalankan agama Allah (dalam hal ini menjalankan hukum hadd tentang zina) jika kamu memang benar-benar beriman kepada Allah dan hari akhir. Demikian pula dapat dilihat QS. Al Baqarah : 229, yang berbunyi *tilka huduudullahi falaa ta'taduu*. Artinya, itulah hukum-hukum Allah maka janganlah sekali-kali kamu melanggarnya (baca: mengabaikan ataupun merubahnya untuk mencari pembenaran atas pelanggaran yang dilakukan).
- b) Hadits Nabi yang berbunyi : "*man haalat syafaa'atuhu duuna haddin min huduudillahi fahuwa mudladullahi*". Artinya, barang siapa memberi pertolongan kepada orang yang terlibat suatu perkara hudud (yakni sebagai terdakwa) hingga orang tersebut terbebas dari pengenaan ancaman pidana hudud, maka si penolong itu sesungguhnya adalah musuh Allah.²⁰³⁾

²⁰³⁾ Fikri Akhmad Akkaaz, *Op. Cit.*, hal. 70.

Namun, prinsip atau asas dalam konsep pembedaan hudud di atas, dalam kondisi-kondisi tertentu dibenarkan untuk disimpangi. Artinya apabila kondisi-kondisi tertentu tersebut muncul / menyertai dalam terjadinya suatu kasus jarimah hudud, maka prinsip wajib diterapkannya pidana hudud (secara apa adanya sesuai ketentuan qur'an/hadits) menjadi gugur karenanya (tidak dilaksanakan). Adapun kondisi-kondisi tertentu yang dimaksudkan ialah :

- 1) Apabila dalam kasus jarimah hudud yang terjadi, pelakunya sudah dimaafkan terlebih dahulu oleh korban jarimah sebelum perkaranya sampai di tingkat pemeriksaan persidangan oleh hakim. Ketentuan demikian bersumber dari hadits nabi yang menyatakan : *"ta'aful huduuda fiimaa bainikum fama balaghanii min haddin faqad wajaba"*. Artinya, saling memberi maafkah kamu semua yang terlibat dalam penyelesaian suatu perkara hudud, sebab apabila perkara hudud tersebut telah sampai kepadaku (sebagai hakim) maka wajib bagiku untuk menerapkannya (menegakkannya). Syarat gugurnya pelaksanaan hadd yang pertama ini hanya mungkin diterapkan khususnya apabila jarimah hudud yang terjadi adalah jarimah yang ada korban individualnya secara langsung (kongkrit). Sedangkan jarimah hudud yang mempunyai ciri demikian hanya berjumlah 4 (empat) dari keseluruhan jarimah hudud yang berjumlah 7 (tujuh). Keempat jarimah hudud tersebut ialah sirqoh (pencurian), khirobah (perampokan), zina mukhshon dan qodzaf. Secara komparatif, konsep gugurnya pelaksanaan pidana hudud karena ada pemaafan korban jarimah ini, barangkali dapat dikatakan sebagai embrio dari konsepsi mengenai "delik aduan" yang diajarkan dalam ilmu hukum pidana umum. Karena menurut pengertian delik aduan, suatu tindak

pidana yang telah terjadi, akan diproses tidaknya perkara pidana tersebut adalah sangat tergantung dari ada atau tidaknya pengaduan pihak korban delik yang secara real atau langsung menderita kerugian akibat delik tersebut. Hanya saja dalam hal ini perlu ditegaskan bahwa tidak semua jarimah hudud yang telah terjadi (sekalipun pihak korban berkeinginan sekali untuk memaafkan pelaku), dapat begitu saja pelakunya dimaafkan oleh korban dengan implikasi menjadi gugurnya tuntutan pidana hudud terhadap pelaku. Karena prinsip jarimah hudud pada dasarnya adalah merupakan jarimah masyarakat (yakni jarimah yang ketentuan hukum dan sanksinya lebih ditekankan kepada tujuan pemberian perlindungan terhadap kepentingan sosial atau kemasyarakatan yang lebih luas). Jadi dengan demikian, apabila jarimah hudud yang terjadi telah sedemikian rupa meresahkan masyarakat, maka berdasarkan tujuan menciptakan kemashlahatan, penguasa dapat melakukan pembatasan melalui perundang-undangan tentang jarimah-jarimah hudud yang bagaimanakah yang korbannya dapat memberikan maaf kepada pelakunya.

- 2) Apabila dalam kasus jarimah hudud yang terjadi, perkaranya sudah berada di tingkat pemeriksaan persidangan oleh hakim, kemudian dari pemeriksaan tersebut dalam diri hakim timbul suatu syubhat (keraguan). Artinya, hakim pemeriksa mengalami keraguan apakah jarimah yang telah terjadi dan sedang diperiksanya itu merupakan jarimah hudud atau bukan, atau apakah pelaku yang sedang diperiksanya itu memang pelaku sebenarnya dari jarimah hudud yang dituduhkan dan lain-lain bentuk keraguan.. Dalam praktek, sumber keraguan tersebut adakalanya berasal dari obyek jarimah yang terjadi, atau dapat pula

bersumber dari subyek (pelaku) jarimah serta dapat pula bersumber dari ketentuan hukum mengenai jarimah itu sendiri. Apabila hakim mengalami situasi keraguan seperti ini, maka wajib baginya untuk tidak menerapkan ketentuan jarimah hudud dan sanksinya dalam kasus yang ditangani tersebut. Hal ini sesuai dengan hadits nabi yang mengajarkan: *“idra’ul huduuda fisy-syubuhaati”*. Artinya, tinggalkanlah olehmu dari menerapkan ketentuan hudud apabila terjadi keraguan didalamnya. Hadits di atas, dalam doktrin ilmu hukum pidana umum biasa dikenal dengan asas *“In Dubiu Pro Reo”* yang artinya dalam keadaan ragu, maka hakim wajib membebaskan terdakwa. Logika dari asas tersebut (yakni mengapa hakim diperintahkan untuk membebaskan terdakwa dan bukan memidananya ketika mengalami keraguan), dapat dipahami melalui sabda nabi lainnya yang berbunyi: *“innal imaama la an yakthia fi ‘afwi khairun min ayyakhthi’a fil ‘uquubati”*. Artinya, sesungguhnya imam (hakim) yang dalam keadaan ragu memilih sikap memaafkan (membebaskan) terdakwa itu dipandang lebih baik daripada ia memilih sikap tetap memidana terdakwa. Penjelasan dari logika hadits ini ialah:

- a. apabila hakim memilih membebaskan terdakwa (dimana barangkali memang terdakwa tersebut adalah pelaku tindak pidana yang sebenarnya), maka sikap hakim yang demikian ini apabila disebabkan karena adanya keraguan dalam dirinya saat mengadili, ia hanya dipandang memiliki kemungkinan satu kesalahan saja. Kesalahan itu ialah bahwa orang bersalah yang seharusnya dipidana akan tetapi justru dibebaskan. Itupun apabila terdakwa yang dibebaskan hakim tersebut adalah benar-benar memang pelaku tindak pidana yang sebenarnya. Sedang apabila tidak demikian kenyataannya, maka tentu

hakim tersebut tidak dapat dinilai memiliki kesalahan apapun. Selain itu, kesalahan hakim akibat membebaskan terdakwa (kalau memang dianggap kesalahan), dalam pandangan agama dapat dimaafkan karena hal itu dilakukannya dalam keadaan dirinya mengalami keraguan.

- b. apabila hakim memilih tetap mempidana terdakwa (sekalipun ia sebenarnya dalam keadaan ragu apakah terdakwa memang pelakunya atau bukan), maka dalam hal demikian hakim tersebut dipandang telah melakukan dua kesalahan sekaligus. Kesalahan pertama, apabila terdakwa yang diadilinya tersebut bukan pelaku sebenarnya maka berarti ia telah memidana orang yang sama sekali tidak melakukan kesalahan apapun. Sedang kesalahan kedua, pada saat hakim menjatukan pidana kepada terdakwa yang bukan pelaku sebenarnya tersebut, maka dengan demikian berarti pelaku sebenarnya menjadi bebas tidak menerima sanksi hukum apapun atas kesalahan (jarimah) yang dilakukannya.

Berdasarkan logika dalam penjelasan hadits di atas, maka dapat kita pahami bahwa pelaksanaan ketentuan hukum mengenai hudud harus gugur (tidak boleh diterapkan) apabila dalam proses peradilannya hakim mengalami keraguan (syubhat).²⁰⁴⁾

Konsepsi Pemidanaan Qishash - Diyat

Hukum dan sanksi pidana qishash yang selama ini dipahami sebagai salah satu konsep Islam tentang penanggulangan kejahatan, secara historis sesungguhnya tidaklah merupakan konsep yang orisinal qur'ani. Sebab sebelum al qur'an di

²⁰⁴⁾ Disarikan dari hasil wawancara dengan narasumber hukum Islam Syamsul Anwar, M.A tanggal 20 Juni 2000.

wahyukan kepada nabi Muhammad, tradisi qishash sebagai hukum sesungguhnya sudah lama di kenal dalam masyarakat Yahudi sebagai pelaksanaan wahyu dalam kitab Taurat kepada nabi Musa dan umatnya. Hipotesis dan konklusi sejarah ini antara lain dapat dipahami dari keterangan al qur'an sendiri sebagaimana tercantum dalam surat Al Maidah: 45 yang berbunyi : "*wakatbna alaihim fiiha annannafsa bin nafsi huwal aina bil aini wal anfa bil anfi wal udzuuna bil udzuni wassinna bissinni wal juruuhu qishaashun*". Artinya, dan kami telah tetapkan terhadap mereka (kaum Yahudi) di dalamnya (at-Taurat) bahwasannya jiwa di balas dengan jiwa, mata di balas dengan mata, hidung di balas dengan hidung, telinga dibalas dengan telinga gigi, dibalas dengan gigi, dan setiap luka-luka (karena penganiayaan pun) ada qishashnya.

Namun, dalam perkembangannya kemudian praktek hukum qishash ternyata cenderung lebih menjadi hukum balas dendam untuk balas dendam itu sendiri, sehingga nyaris sekedar sebagai alat legitimasi terhadap budaya kekerasan, kebencian bahkan penindasan atas yang lemah oleh yang lebih kuat. Kecenderungan demikian dapat dilihat dalam praktek qishash masyarakat arab jahiliyah dimana seorang dari suatu golongan suku tertentu yang lemah, yang membunuh seseorang dari golongan suku lain yang secara kolektif lebih kuat, maka balasannya bisa jadi adalah pembantaian terhadap seluruh anggota suku yang lemah tadi.²⁰⁵⁾

Dengan background tentang realitas sejarah qishash yang demikian ini maka Islam sebagai agama *rahmatat lil 'alamin* dengan pembawa risalah Muhammaad

²⁰⁵⁾ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Jilid X, Al Ma'aarif, Bandung, 1987, hal. 25. Lihat juga As-Sayyid al Jamili, *Op. Cit.*, (Asbaabul Nuzul) dalam penjelasannya tentang sebab-sebab turunnya ayat qur'an tentang qishash ini, hal 49.

yang dikenal berwajah kasih sayang meluruskan kembali konseptualisasi hukum qishash (pembalasan) secara proporsional sebagaimana ajaran yang terdapat di dalam QS. Al Baqarah: 178-179 dan Al Maidah: 45 yang menegaskan perlunya qishash dikembalikan pada konsepnya semula sebagaimana terdapat dalam kitab Taurat.

Sebagaimana telah dipaparkan dalam bab IV.A.1.3. tentang kualifikasi tindak pidana menurut Islam khususnya yang berkaitan dengan konsep tindak pidana qishash, diketahui bahwa jarimah (tindak pidana) qishash yang berimplikasi pada penjatuhan sanksi pidana qishash, sesungguhnya ruang lingkupnya mencakup dua macam jarimah. Yaitu jarimah qishash yang obyek atau sasarannya adalah nyawa seseorang (biasa disebut pembunuhan) dan jarimah qishash yang obyek atau sasarannya adalah anggota badan korban atau paling tidak fungsi anggota badan korban (biasa disebut penganiayaan).

Ditinjau dari segi niat pelaku dalam mewujudkan kedua bentuk jarimah qishash di atas, maka pembunuhan maupun penganiayaan itu dapat terjadi baik secara sengaja, secara serupa sengaja atau karena kealpaan / kurang hati-hatian pelaku jarimah dalam bertindak laku.

Dalam konteks pembahasan mengenai sistem pemidanaan qishash ini, pengetahuan terhadap berbagai bentuk sikap batin pelaku jarimah qishash di atas (sengaja / serupa sengaja / alpa), adalah sangat penting. Sebab masing-masing dari bentuk sikap batin (niat) pelaku tersebut melahirkan konsekuensi pemidanaan yang berbeda-beda.

Berikut ini adalah jenis-jenis pemidanaan qishash sesuai dengan bentuk-bentuk jarimah qishash yang terjadi berdasarkan niat atau sikap batin pelaku :

1. Apabila jarimah qishash (baik pembunuhan maupun penganiayaan) terjadi karena kesengajaan pelaku, maka sistem pembedanya ialah sebagai berikut:
 - a) pidana qishash dijatuhkan kepada pelaku jarimah, bila korban atau keluarga korban menuntutnya (tidak memberikan maaf kepadanya).
 - b) pidana diyat (ganti rugi) dijatuhkan kepada pelaku jarimah, bila korban atau keluarga korban memaafkannya (tidak menuntut qishash) dan sebagai ganti pidana qishash, korban atau keluarga korban menghendaki pembayaran diyat / ganti rugi saja.
 - c) pidana ta'ziir dijatuhkan kepada pelaku jarimah, bila korban atau keluarga korban selain tidak menuntut qishash juga tidak menghendaki pembayaran diyat / ganti rugi dari pelaku jarimah. Dengan kata lain korban atau keluarga korban memaafkan pelaku jarimah secara mutlak. Penjatuhan pidana ta'ziir dalam konteks demikian sifatnya adalah tidak merupakan suatu keharusan, melainkan hanya merupakan suatu hak (kebijaksanaan) hakim yang penerapannya diserahkan sepenuhnya pada kepada pertimbangan-pertimbangan kemanfaatan pembedaan yang dapat dilihat oleh hakim.
 - d) pidana kaffarah dijatuhkan kepada pelaku jarimah dalam bentuk terpidana wajib berpuasa selama dua bulan berturut-turut atau memerdekakan seorang hamba sahaya atau memberikan makan kepada enam puluh fakir miskin. Melihat bentuk-bentuk kaffarah di atas, maka dikatakan pidana ini sifatnya ialah merupakan pidana vertikal. Yaitu pidana yang penegakannya dimaksudkan sebagai suatu sarana kompensasi terhadap hak Allah yang telah dilanggar oleh pelaku jarimah qishash. Sedang pelanggaran terhadap hak

manusia (c.q hak korban maupun hak keluarga korban), konsep Islam menyediakan kompensasinya melalui penegakan sanksi-sanksi pidana yang bersifat horizontal seperti diperbolehkannya korban atau keluarga korban menuntut pidana qishash atau pidana diyat (ganti rugi) atau pidana ta'ziir ta'ziir di atas.

2. Apabila jarimah qishash (baik pembunuhan maupun penganiayaan) terjadi karena bukan kesengajaan pelaku (misalnya terjadi secara serupa sengaja atau bahkan hanya karena kealpaan/kekurang hati-hatian pelaku), maka sistem pembedanya ialah sebagai berikut :

- a) pidana diyat atau pembayaran ganti rugi dijatuhkan kepada pelaku jarimah, bila korban atau keluarga korban jarimah qishash kategori ini menuntutnya (tidak memberikan maaf kepada pelaku jarimah). Jadi pidana maksimum dalam kasus jarimah qishash serupa sengaja atau karena alpa ini ialah pidana diyat. Dengan kata lain bagi pihak korban atau keluarga korban tidak mungkin melakukan tuntutan pidana qishash, sebab yang tertinggi untuk boleh dilakukan penuntutannya ialah hanya pidana diyat.
- b) pidana ta'ziir dijatuhkan kepada pelaku jarimah, bila korban atau keluarga korban tidak lagi menuntut / menghendaki pidana diyat. Jadi dalam hal ini berarti korban atau keluarga korban memaafkan pelaku jarimah. Penjatuhan pidana ta'ziir dalam konteks demikian, sifatnya adalah sama dengan penjatuhan pidana ta'ziir dalam kasus jarimah qishash secara sengaja yang pelakunya telah dimaafkan secara mutlak oleh korban atau keluarga korban. Makna pengertian "sama" di atas maksudnya adalah sama-sama tidak

merupakan suatu keharusan bagi hakim untuk menjatuhkannya melainkan hanya sebagai hak yang implementasinya diserahkan sepenuhnya kepada kebijaksanaan hakim.

- c) pidana kaffarah dijatuhkan kepada pelaku jarimah sebagai sanksi hukum yang bersifat vertikal. Secara prinsip, konsep-konsep pidana kaffarah untuk kasus jarimah qishash yang terjadi secara serupa sengaja atau karena kealpaan pelaku ini adalah sama dengan pidana kaffarah yang dijatuhkan dalam kasus jarimah qishash secara sengaja sebagaimana telah diuraikan di atas.

Di samping beberapa konsep pemidanaan qishash yang berkaitan dengan berbagai bentuk jarimah qishash di atas, sistem pemidanaan Islam tentang qishash ini juga menggariskan beberapa kebijakan lain yakni mengenai hal-hal yang dapat menghapuskan penerapan pidana qishash. Hal-hal tersebut ialah :

1. apabila ada pemberian maaf dari korban atau keluarga korban baik disertai dengan tuntutan diyat ataupun tidak menuntut diyat sama sekali.
2. apabila obyek atau sasaran yang akan menjadi tempat pelaksanaan pidana qishash sudah hilang. Misalnya pelaku qishash penganiayaan yang berakibat telinga korban menjadi tuli sejak semula ia memang tuli.
3. apabila terjadi peristiwa pewarisan hak untuk menuntut qishash kepada orang yang justru menjadi calon terpidana qishash itu sendiri. Misalnya kasus pembunuhan sengaja yang dilakukan oleh seorang adik terhadap kakak kandungnya, dimana keluarga korban (sang kakak) tersebut tidak ada lagi selain sang adik itu sendiri.

4. apabila dalam kasus jarimah qishash pembunuhan yang terjadi ternyata antara pelaku dengan korban ada hubungan kekeluargaan yang erat. Misalnya pelaku pembunuhan adalah ayah sendiri dari si korban.²⁰⁶⁾

Berdasarkan garis-garis besar tentang konsepsi pemidanaan qishash dengan kemungkinan diterapkannya pidana pengganti berupa diyat bahkan sampai pada pengguguran pidana qishash di atas, apabila dibandingkan dengan konsepsi pemidanaan hudud yang juga telah dipaparkan pada sub bab bagian sebelum ini, maka meskipun antara hudud dan qishash keduanya sama-sama merupakan pidana yang telah ditentukan dalam nash qur'an / hadits, tetapi sesungguhnya antara keduanya pula terdapat perbedaan-perbedaan yang apabila didalami pengertiannya akan membuktikan kebenaran tentang adanya sentuhan *rahmatal lil 'alamin* oleh ajaran Islam bagi kehidupan manusia seperti disebutkan terdahulu. Dalam hubungan ini Jimly As Shiddiqi mengidentifikasikan bahwa setidaknya ada 6 perbedaan pokok antara konsep pemidanaan hudud dibandingkan dengan konsep pemidanaan qishash – diyat sebagai berikut :

1. Pidana hudud lebih bertujuan untuk mencegah terjadinya tindak pidana bukan membalas tindak pidana sebagaimana halnya konsep qishash.

²⁰⁶⁾ Garis-garis Besar/Prinsip-prinsip Pemidanaan qishash yang dipaparkan di atas adalah disarikan dari beberapa kitab yang terkait dengan masalah ini seperti: Ahmad Fatkhi Bahansy dalam *Al Qishashu fil Fiqli al Islamy*, *Op. Cit.*, hal. 67-191, Saamikh Sayid Jaad dalam *Al Afwu 'anil 'Uquubah*, *Op. Cit.*, hal. 21-51, Fikri Ahmad Akkaaz dalam *Falsafatul 'Uquubah*, *Op. Cit.*, hal. 185-227, Abdul Qadir 'Audah dalam *At Tassyril 'u al Jinnaa' iyyu al Islamiyyu*, *Op. Cit.*, Jilid II, hal. 10-212, dan lain-lain. Dalam bahasa Indonesia penjelasan-penjelasan tentang konsep pemidanaan qishash di atas antara lain dapat dilihat dalam A. Djazuli, *Op. Cit.*, hal. 135-153, Sayyid Saabiq, *Op Cit*, hal. 30-90, Syaikh Mahmud Syaltut, *Akidah dan Syari'at Islam*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hal 45-142, Hanafi, *Op Cit*, hal 279-299, dan lain-lain.

2. Tidak seperti konsep qishash yang berorientasi ke belakang, pidana hudud lebih berorientasi ke depan dengan tidak lagi mempersoalkan perbuatan jahat yang telah dilakukan oleh pelaku tindak pidana.
3. Pidana hudud di ancamkan terhadap bentuk-bentuk tindak pidana yang lebih merupakan pelanggaran terhadap hak-hak manusia yang dilindungi oleh Allah secara kolektif seperti keamanan, kehormatan, kekayaan dan sebagainya. Sedangkan pidana qishash – diyat pengancamannya lebih terhadap bentuk-bentuk pelanggaran hak-hak manusia yang dilindungi oleh Allah secara individual.
4. Pidana hudud, karena konsep di atas lebih dapat dikatakan murni bersifat publik (pidana). Sedangkan pidana qishash diyat didalamnya mengandung unsur perdata disamping unsur publik (pidana).
5. Dalam mengadili tindak pidana yang diancam dengan pidana qishash – diyat, sebelum menjatuhkan pidana hakim berusaha mendamaikan hubungan antara pelaku tindak pidana dengan korban atau keluarganya dengan menganjurkan untuk memberikan maaf sesuai dengan ajaran qur'an dan hadits. Sedangkan dalam kasus tindak pidana yang diancam dengan pidana hudud, tugas hakim dalam menjatuhkan pidana sama sekali tidak tergantung kepada kebaikan hati si korban.
6. Dalam pidana qishash – diyat, peranan korban sangat dominan dalam menentukan bentuk akhir dari pidana yang akan dijatuhkan hakim. Sedangkan dalam pidana hudud korban tidak dapat mempengaruhi sama sekali pilihan hakim

mengenai bentuk pidana yang harus dijatuhkan maupun berat ringannya pidana.²⁰⁷⁾

Konsepsi Pemidanaan Ta'ziir

Pidana ta'ziir, sebagaimana pengertiannya telah dikemukakan terdahulu, ialah pidana yang diancamkan terhadap pelaku jarimah ta'ziir. Adapun kriteria pokok suatu perbuatan dikategorikan sebagai jarimah (tindak pidana) ta'ziir adalah apabila tindak pidana yang merupakan perbuatan tercela itu pernyataan ketercelaannya tidak disebutkan dalam nash hukum (baik qur'an maupun hadits). Atau apabila ketercelaan perbuatan itu disebutkan dalam al-qur'an atau al-hadits, tetapi ancaman pidana terhadap perbuatan itu sama sekali tidak disebutkan .

Oleh karena itu, maka dalam konsep hukum pidana Islam, penentuan mengenai perbuatan-perbuatan apa saja yang disebut sebagai jarimah ta'ziir dan sanksi pidana apa saja yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku jarimah ta'ziir tersebut, sepenuhnya menjadi kewenangan manusia. Dalam arti diserahkan kepada kebijakan penguasa untuk mengaturnya melalui penetapan perundang-undangan (*al-qonun*) atau melalui kebijakan ijtihadiyah oleh hakim (*rechtsvinding*) dalam kedudukannya sebagai penegak hukum

Berdasarkan hal di atas, maka konsep pemidanaan ta'ziir prinsipnya adalah menjadi kewenangan penguasa untuk menggariskan asas-asasnya dalam undang-undang (*qonun*), dimana dalam pembuatan undang-undang tersebut selain tidak

²⁰⁷⁾ Jimly As Shiddiqie, *Op. Cit*, hal .141-142

boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang ada dalam nash qur'an / hadits, juga harus mempertimbangkan prinsip bahwa undang-undang itu dibuat dalam rangka menciptakan kemaslahatan kehidupan manusia serta mencegah kerusakan / kerugian yang akan menimpanya. Dengan demikian hakim pelaksana undang-undang tentang pidana ta'ziir tersebut benar-benar memiliki kewenangan interpretasi hukum yang luas dalam praktek pelaksanaannya. Sebab yang terpenting diperhatikan hakim dalam pemidanaan ta'ziir ini ialah bahwa pidana itu dijatuhkan harus dalam kerangka mewujudkan kemaslahatan (kebaikan) hidup manusia dan sekaligus untuk mencegah/menghindari kemungkinan terjadinya kerugian/madlarat (*jalbul mashalihi wadar'ul mafaasidi*).²⁰⁸ Konsep ta'ziir yang demikian ini juga sejalan dengan teori atau kaidah fiqh yang berbunyi *atta'ziiru yaduuru ma'al mashlahati*. Artinya ta'ziir itu tergantung pada tuntutan kemashalahatan manusia.

Dengan demikian dalam tataran formulasi bahkan aplikasi, konsep pemidanaan ta'ziir memang memiliki perbedaan yang sangat mendasar dibanding dengan dua konsep pemidanaan sebelumnya (qishash dan hudud). Apabila dalam qishash dan hudud, formulasi (baca: pembuatan dan penetapan) jenis-jenis pidananya sudah *fixed* menurut nash qur'an atau hadits, maka dalam ta'ziir fromulasinya berada penuh pada kewenangan penguasa / hakim dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu. Adanya kekuasaan hakim dalam formulasi pidana ta'ziir yang demikian inilah, maka pidana ta'ziir sering pula disebut sebagai pidana *hukumah* (dengan akar

²⁰⁸) Perhatikan kandungan makna dari Q.S. Al Fath : 9 yang didalamnya terdapat kata *watu'azziruuhu* (sebagai akar kata dari istilah ta'ziir yang bebentuk fi'il mudlari') yang berarti *untuk menguatkan agama Allah*. Kata-kata tu'azziruuhu tersebut apabila dikaitkan dengan kata-kata sebelumnya yang masih dalam ayat tersebut secara keseluruhan adalah bermakna menguatkan agama Allah. Jadi pidana ta'ziir itu dibuat dan ditegakkan adalah untuk menguatkan kehadiran syariat Islam sebagai agama Allah.

kata *hakama*) yang berarti menghukumkan / menetapkan hukum sesuatu berdasarkan ijtihad hakim karena belum ada ketentuan yang mengaturnya dalam qur'an atau hadits.²⁰⁹⁾

Selanjutnya pada tingkat aplikasi (penerapan pidana secara *in concreto* di peradilan), konsep pemidanaan ta'ziir juga menampakkan perbedaan yang cukup mendasar dibanding dengan qishash dan hudud. Dalam hudud, hakim sangat terkait dengan ketentuan-ketentuan yang telah di atur dalam nash (qur'an / hadits) sehingga nyaris tidak memiliki hak untuk melakukan pertimbangan-pertimbangan ijtihadiyah yang bermuara pada perubahan ketentuan hudud tersebut. Kecuali adanya dasar-dasar penyimpangan yang sangat tertentu (perhatikan kembali uraian tentang prinsip pemidanaan hudud di muka). Sementara itu dalam pemidanaan qishash, hakekatnya hakim juga sangat terikat oleh sikap yang ditunjukkan oleh korban atau keluarga korban (apakah menuntut pidana qishash pada pelaku jarimah ataukah menuntut diyat ataukah melepaskan keduanya sama sekali/ memaafkan). Artinya ia tidak bisa menjatuhkan pidana menurut pertimbangan-pertimbangannya sendiri yang nyata bertentangan dengan sikap dan keinginan korban atau keluarga korban jarimah qishash. Pendek kata, melalui konsep pemidanaan hudud dan qishash di atas seolah terkesan hukum pidana Islam tidak / kurang memberi tempat yang seharusnya bagi kebebasan hakim dalam mencari dan menegakkan kebenaran serta keadilan.

²⁰⁹⁾ Dengan mengutip beberapa sumber, Jimly Asshiddiqi (sebagaimana termaktub dalam bukunya *op.cit*, hal. 149-150) membedakan pidana ta'ziir dengan pidana hukumah. Menurutnya, hukumah memang merupakan bagian dari kerangka konsep pidana ta'ziir karena tidak ditentukan dalam qur'an / hadits. Tapi hukumah cenderung lebih spesifik sebagai salah satu bentuk pidana ta'ziir yang berkait dengan tindak pidana pembunuhan atau penganiayaan secara tidak sengaja yang pelakunya diancam diyat (ganti rugi) tetapi tidak ada ketentuan dalam Al Qur'an mengenai besarnya diyat tersebut. Ijtihad dan putusan hakim yang menetapkan besarnya diyat dalam kasus di atas itulah yang disebut pidana hukumah.

Namun, kesan tersebut di atas sesungguhnya menjadi tidak sepenuhnya benar sama sekali karena melalui konsep pembedaan ta'ziir yang jumlah jenisnya sangat beragam dan akan terus berkembang,²¹⁰⁾ hukum pidana Islam justru memberikan keleluasaan yang sebesar-besarnya pada hakim dalam proses pembedaan ta'ziir ini. Bahkan menurut Jimly, pidana ta'ziir pun boleh dijatuhkan sebagai pidana tambahan atas jarimah-jarimah (tindak pidana) yang bersifat hudud dan sudah ada ketentuan mengenai pidananya. Tentu apabila hal tersebut dianggap perlu oleh hakim melalui pertimbangan-pertimbangan tertentu.²¹¹⁾

Jadi, deskripsi global tentang formulasi dan aplikasi tentang pidana ta'ziir sebagaimana diuraikan di atas, sungguh menunjukkan betapa Islam sangat concern terhadap wacana perlunya ada kebebasan dan kemandirian hakim dalam proses hukum dan penegakannya.²¹²⁾

C.2. Konsep Rancangan KUHP Baru tentang Sanksi Pidana

Masalah pidana sebagai sanksi atas pelanggaran aturan hukum pidana, dalam Rancangan KUHP Baru mendatang, secara substantif telah diatur dengan rumusan-rumusan yang cukup komprehensif. Maksudnya, selain ditentukan berbagai macam/jenis sanksi pidana beserta pedoman penerapannya, dalam R-KUHP Baru

²¹⁰⁾ Banyaknya ragam dan jenis pidana ta'ziir yang dikatakan masih akan terus bisa berkembang tersebut di atas adalah karena ia merupakan pidana yang tidak disebutkan dalam nash qur'an / hadits sehingga penetapannya diserahkan pada penguasa / hakim dengan melihat realitas perkembangan kehidupan manusia dengan segala problemnya yang bersifat dinamis. Dalam hubungan ini A. Jazuli, pada bukunya *op. cit.*, hal. 188-218, secara rinci bahkan menjelaskan klasifikasi macam-macam pidana ta'ziir itu antara lain : (a) pidana ta'ziir yang berkenaan dengan nyawa, (b) dengan badan, (c) dengan kemerdekaan seseorang, (d) dengan harta seseorang dan lain-lain.

²¹¹⁾ Jimly Asshiddiqi, *op. Cit*, hal. 147.

juga digariskan kebijakan mengenai pertimbangan-pertimbangan dalam memutuskan pidana dan tujuan-tujuan yang harus menjadi orientasi dalam pemidanaan. Bahkan dalam R-KUHP Baru mendatang dicantumkan pula ketentuan mengenai masalah “tindakan” sebagai suatu bentuk alternatif atau komplementatif dari keberadaan pidana sebagai sanksi hukum.

Secara keseluruhan pengaturan tentang masalah-masalah di seputar pidana, pemidanaan dan tindakan ini termaktub dalam Buku I, Bab III Pasal 51 sampai dengan pasal 125.²¹³⁾ Disamping itu, dalam R-KUHP Baru mendatang juga masih dipertahankan ketentuan tentang “Gugurnya Kewenangan Pelaksanaan Pidana” sebagaimana termaktuf dalam Bab IV Bagian Ketiga Pasal 135 sampai dengan Pasal 138.²¹⁴⁾

Berdasarkan gambaran selintas tentang ketentuan yang mengatur masalah-masalah sanksi pidana di atas, apabila dibandingkan dengan KUHP yang sekarang berlaku (W.v.S-N.I), terlihat adanya beberapa hal baru dalam R-KUHP mendatang sebagai rancangan hasil pembaharuan. Hal-hal baru tersebut ialah :

Pertama, adanya pengaturan tentang masalah tujuan pemidanaan sebagaimana tercantum dalam ketentuan pasal 51 yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut :

Ayat (1) : Pemidanaan bertujuan untuk :

²¹²⁾ Seluruh uraian tentang konsep-konsep pemidanaan ta'ziir di atas juga didukung oleh hasil wawancara dengan nara sumber hukum Islam Drs. Syamsul Anwar, M.A tanggal 20 Juni 2000.

²¹³⁾ Dalam RUU-KUHP Baru Tahun 1999/2000, ketentuan-ketentuan mengenai masalah di atas diatur dalam Buku I, Bab III Pasal 50 sampai dengan Pasal 136.

²¹⁴⁾ Dalam RUU-KUHP Baru Tahun 1999/2000, Ketentuan mengenai masalah di atas diatur dalam Buku I, Bab IV Bagian Kedua Pasal 145 sampai dengan Pasal 148.

Ke-1 mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat.

Ke-2 memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadikannya orang yang baik dan berguna.

Ke-3 menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Ke-4 membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Ayat (2) : Pidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.²¹⁵⁾

Konseptualisasi tujuan pidanaan di atas adalah bertolak dari pemikiran bahwa pidana pada hakekatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan. Adapun penjabaran tentang berbagai macam tujuan pidanaan menjadi sebagaimana telah dipaparkan di atas adalah karena R-KUHP Baru mengacu kepada konsep pemikiran tentang perlunya keseimbangan terhadap dua sasaran pokok dari pidanaan, yaitu “perlindungan masyarakat” pada satu sisi dan “perlindungan individu pelaku tindak pidana” pada sisi yang lain. Hal demikian ini karena konsep dasar R-KUHP Baru telah menegaskan prinsip tentang syarat dapat dipidananya seseorang yang juga bertolak dari dua pilar paling fundamental dalam hukum pidana, yaitu “asas legalitas” yang merupakan “asas kemasyarakatan” dan “asas culpabilitas/kesalahan” yang merupakan “asas kemanusiaan (secara perorangan).²¹⁶⁾

²¹⁵⁾ Rumusan tentang tujuan pidanaan di atas, dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000 termaktub dalam Pasal 50 dengan substansi dan bahkan redaksi yang hampir sama persis.

²¹⁶⁾ Barda Nawawi Arief, *op cit* (Bunga Rampai....), hal 98 – 99.

Dalam perspektif teori tentang aliran-aliran dalam hukum pidana, kebijaksanaan menetapkan tujuan pemidanaan yang bertolak dari konsep keseimbangan atau perlindungan sosial dan perlindungan individual pelaku tindak pidana di atas, adalah sejalan dengan mazhab modern yang semakin banyak diikuti dalam pengembangan hukum pidana dewasa ini. Dalam hubungan ini Mardjono Reksodiputro menyatakan bahwa Aliran “Modern” dalam hukum pidana, memindahkan perhatian dari perbuatan (*daadstrafrecht*-Mazhab Klasik) kepada pelaku perbuatan (*daaderstrafrecht*-Mazhab Positivis). Namun perhatian yang berlebihan terhadap pelaku (yang tercemin dalam individualisasi pemidanaan) tidak akan memuaskan masyarakat, yang masih menuntut pemberian pidana yang sesuai dengan seriousness kejahatan (setimpal dengan keresahan sosial yang ditimbulkan). Oleh karena itu perkembangan modern menginginkan agar “pelaku” dan “masyarakat” mendapat perhatian yang sama dalam kedudukan yang sejajar (*daad-daader strafrecht*). Pendekatan inilah yang diambil oleh Tim Penyusun Rancangan (KUHP Baru).²¹⁷⁾

Apabila diperhatikan secara cermat, hal-hal yang merupakan tujuan pemidanaan yang telah disebutkan terdahulu sepenuhnya menggambarkan konsep keseimbangan perlindungan di atas. Bahkan menyiratkan pula dimensi spiritual dari pemidanaan. Selain itu, dalam wacana teori tentang tujuan pemidanaan konsep R-KUHP Baru di atas secara substantif juga mencerminkan diikutinya teori utilitarianisme yang menetapkan target-target pemidanaan dengan orientasi kemanfaatan baik bagi korban kejahatan yang bersifat individual (korban langsung),

²¹⁷⁾ Mardjono Reksodiputro, *Catatan Untuk Sosialisasi RUU tentang KUHP, Khusus Bab III tentang Pemidanaan, Pidana dan Tindakan*, Makalah dalam Debat Publik RUU tentang KUHP, Departemen Kehakiman dan HAM, Jakarta, 27-28 Nopember 2000.

korban yang bersifat sosial/masyarakat (korban tidak langsung) maupun bagi terpidana itu sendiri. Asumsi dan konklusi demikian, secara eksplisit juga dinyatakan dalam penjelasan Pasal 51 Rancangan KUHP Baru itu sendiri yang antara lain ditegaskan bahwa dalam tujuan pertama, jelas tersimpul pandangan tentang urgensi perlindungan masyarakat (utilitas sosial). Tujuan kedua, mengandung maksud bukan saja untuk merehabilitas tetapi juga meresosialisasi terpidana dan mengintegrasikan ke dalam masyarakatn (utilitas bagi terpidana). Sedangkan tujuan ketiga, adalah dimaksudkan untuk mengembalikan keseimbangan kehidupan sosial yang telah terguncang oleh karena kejahatan terpidana. Jadi dalam tujuan ketiga ini tercermin aspek utilitas bagi masyarakat luas yang pencapaiannya antara lain dengan membalas kejahatan terpidana melalui pembedanaan sehingga diharapkan dengan pembedanaan tersebut korban langsung dari kejahatan secara relatif dapat “terpuaskan” perasaan balas dendamnya (utilitas individual). Adapun tujuan ke empat hakekatnya merupakan tujuan yang lebih bersifat spriritual dimana terbalasnya rasa bersalah pada diri terpidana baru dapat dicapai apabila ia telah sampai pada sikap tobat yang sesungguhnya. Tumbuhnya sikap tobat terpidana tentu harus diupayakan antara lain melalui bimbingan dan pembinaan yang terarah, bukan melalui penyiksaan-penyiksaan (utilitas bagi terpidana). Disamping itu terbebasnya rasa bersalah tersebut juga dapat dicapai melalui adanya pemberian maaf oleh korban kejahatan langsung (individual) kepada terpidana. Kondisi demikian bisa terwujud di antaranya ialah apabila terpidana mau memberikan kompensasi (ganti rugi) terhadap korban. Jadi dengan demikian, tujuan pembedanaan ke empat ini secara implisit mengandung muatan-muatan utilitas yang akan dapat dirasakan baik oleh pelaku kejahatan (terpidana) maupun korban kejahatan. Kemudian ketentuan yang tercantum dalam Pasal 51 tersebut, harus diperhatikan oleh petugas pelaksana pidana penjara. Karena

pernyataan pasal bahwa pembedanaan tidak boleh berakibat sampai menderitakan dan merendahkan martabar kemanusiaan terpidana, mengandung makna atau pesan imperatif agar pelaksanaan pidana tetap harus memperhatikan dan menghormati hak-hak asasi terpidana.²¹⁸⁾

Selanjutnya hal baru ke dua dalam R-KUHP mendatang ialah adanya ketentuan tentang pedoman pembedanaan yang akan sangat membantu dan memudahkan hakim dalam menetapkan takaran pembedanaan dan mempertimbangkan berat ringannya pidana yang akan dijatuhkan. Dalam pasal 52 disebutkan hal-hal yang harus dipertimbangkan hakim sebagai pedoman dalam pembedanaan yang bunyi lengkapnya sebagai berikut:

Ayat (1), Dalam pembedanaan hakim wajib mempertimbangkan:

- Ke-1 kesalahan pembuat
- Ke-2 motif dan tujuan dilakukannya tindak pidana
- Ke-3 cara melakukan tindak pidana
- Ke-4 sikap batin pembuat
- Ke-5 riwayat hidup dan keadaan sosial ekonomi pembuat
- Ke-6 sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana
- Ke-7 pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat
- Ke-8 pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan
- Ke-9 pengaruh tindak pidana yang dilakukan terhadap korban atau keluarga korban

²¹⁸⁾ Perhatikan Penjelasan Pasal 51 RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992 (1993 yang telah disempurnakan). Lihat pula M. Abdul Kholiq, A.F., *Reformasi Sistem Pemasyarakatan dalam Rangka Optimalisasi Pencapaian Tujuan Pembedanaan*, Artikel dalam Jurnal Hukum No. II vol. 6/1999, Fakultas Hukum, UII, Yogyakarta.

Ke-10 apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana

Ayat (2), jika hakim memandang perlu, sehubungan dengan ringannya perbuatan, keadaan pribadi dari pembuat atau keadaan pada waktu dilakukannya perbuatan atau yang terjadi kemudian, hakim dapat memberi maaf kepada si pembuat dengan tidak menjatuhkan pidana atau tindakan apapun, dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Urgensi dari ketentuan mengenai pedoman pemidanaan di atas, secara teoritis maupun praktis dapat dipahami melalui banyaknya realitas pemidanaan dalam praktek peradilan selama ini yang sering melahirkan apa yang disebut sebagai “disparitas pidana”, sebagai akibat dari tidak adanya pedoman pemidanaan dalam KUHP yang sekarang ini berlaku. Disparitas pidana adalah pemidanaan terhadap para pelaku tindak pidana dengan kasus yang sama (sejenis) atau terhadap para pelaku tindak pidana yang tidak sama tetapi sifat bahayanya dapat diperbandingkan, yang mencerminkan perbedaan-perbedaan tajam mengenai berat ringannya pidana dengan tanpa alasan yang dapat dibenarkan.²¹⁹⁾

Menurut Muladi, filosofi pemidanaan dalam KUHP kita sekarang adalah menganut aliran klasik (yang lebih memperhatikan aspek perbuatan daripada pelaku) dengan pola yang cenderung “definite sentence”. Dalam pola ini, “judicial discretion” tidak memperoleh tempat dalam praktek peradilan. Hal demikian ini berbeda dengan apabila suatu sistem pemidanaan berbasis pada filosofi aliran positif

²¹⁹⁾ Adi Andojo Soetjipto, *Kesamaan dalam Pemidanaan*, Makalah Lokakarya Mahkamah Agung R.I. dalam Munas VIII IKAHL, Jakarta, 27-29 Maret 1984. Pendapat yang sama tentang arti disparitas pidana di atas juga dikemukakan oleh Molly Cheang sebagaimana dikutip oleh Muladi dalam bukunya *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hal 119.

yang mengikuti pola individualisasi pidana. Dalam pola demikian, *judicial discretion* sangat dianjurkan. Bertolak dari realitas filosofi dan pola pemidanaan yang demikian (*definite sentence*), maka eksistensi aturan tentang pedoman pemidanaan menjadi sangat penting. Khususnya dalam rangka mengantisipasi munculnya “kreativitas” hakim dalam menentukan sendiri hal-hal yang dianggapnya tepat menjadi pertimbangan pemidanaan, tetapi justru seringkali malah melahirkan disparitas pidana yang pada akhirnya dapat menjadi penghambat bagi kelancaran pelaksanaan pidana yang telah dijatuhkan dan tujuan dari pemidanaan itu sendiri.²²⁰⁾

Meskipun demikian, prediksi atau kekhawatiran tentang dampak negatif dari disparitas pidana di atas tidaklah berarti lantas dibenarkan apabila justru malah sampai mengakibatkan tidak diterapkannya “Asas mengadili secara kasuistik” oleh hakim dalam praktek peradilan.²²¹⁾ Sebab, sesungguhnya berdasarkan asas ini, perbedaan di dalam penjatuhan pidana di antara kasus-kasus yang sama/sejenis atau dapat diperbandingkan dari segi bahayanya, tidaklah selalu bertentangan dengan hukum dan keadilan. Sepanjang perbedaan berat ringannya pemidanaan tersebut sifatnya tidak terlalu mencolok serta memiliki dasar pembenar yang jelas. Bahkan sesungguhnya pula perbedaan pemidanaan berdasarkan aplikasi asas “Mengadili secara Kasuistik” di atas justru dapat dilihat sebagai manifestasi nilai keadilan yang tentu akan dimaknai dan dirasakan secara berbeda diantara tiap manusia.²²²⁾

²²⁰⁾ Muladi, *Hal-hal yang harus dipertimbangkan Hakim dalam Penjatuhan Pidana dalam Rangka Mencapai Keadilan*, Artikel dalam Majalah “YURIDIKA”, Fakultas Hukum UNAIR, Surabaya, Edisi Khusus Dies, Tahun VI, Desember 1989.

²²¹⁾ Menurut Yahya Harahap, selain asas di atas, dalam mengadili suatu kasus pidana, hakim terikat pula oleh beberapa asas yang lain. Seperti: “Asas in Dubio Pro Reo”, “Asas Kebebasan Hakim”, dan lain sebagainya. Selengkapnya lihat Yahya Harahap, *Putusan Pengadilan Pidana sebagai Upaya Menegakkan Keadilan*, artikel dalam majalah YURIDIKA, Op Cit.

²²²⁾ Eddy Djunaidy Karna Sudirdja, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan*

Jadi, kesimpulannya rancangan kebijakan yang menentukan perlu adanya pedoman pemidanaan dalam R-KUHP mendatang tersebut ialah sudah tepat. Sebab di satu sisi, ketentuan tersebut tetap dapat menjamin implementasi dari asas mengadili secara kasuistik, sedang di sisi lain juga berperan dalam mengeliminasi kemungkinan terjadinya disparitas pidana dalam praktek peradilan. Terlebih lagi, selain pedoman pemidanaan, dalam R-KUHP mendatang juga ditegaskan ketentuan mengenai “Faktor-faktor yang memperingan dan memperberat pidana” sebagaimana tercantum dalam pasal 113 sampai dengan pasal 117.²²³ Bahkan untuk setiap jenis pidana baik yang merupakan pidana pokok maupun pidana tambahan, R-KUHP Baru juga menetapkan ketentuan tentang pedoman penerapan pidananya. Demikian juga adanya ketentuan mengenai “Ancaman pidana minimum khusus” yang selama ini tidak dikenal dalam KUHP sekarang (W.V.S-N.I).²²⁴ Semuanya ini tentu akan sangat mendukung terwujudnya konsep pemidanaan yang obyektif, proporsional dan berkeadilan baik bagi korban, masyarakat luas maupun terpidana sendiri.

Kemudian, hal baru lainnya (ketiga) dalam R-KUHP Baru mendatang dalam kaitannya dengan kebijakan mengenai sanksi pidana ini ialah ditegaskannya penggunaan “Double Track System” atau sistem dua jalur. Dua jalur yang dimaksud itu adalah bahwa sanksi hukum bagi pelaku tindak pidana secara pokok memang akan berupa “pidana” (*straf*). Akan tetapi dalam bentuk yang lain, sanksi tersebut

Narapidana, tanpa nama Penerbit, Jakarta, 1983, hal. 5.

²²³) Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, Ketentuan mengenai faktor-faktor yang memperingan dan memperberat pidana di atas terdapat dalam pasal 124-128.

²²⁴) Dalam bukunya “Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana”, *op cit*, hal 138, Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa dianutnya sistem ancaman pidana minimum khusus antara lain adalah didasarkan pada pokok pemikiran untuk menghindari adanya disparitas pidana yang sangat mencolok, selain juga untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi general dari pemidanaan.

akan pula bisa berupa “tindakan” (*maatregel*). Dalam hubungan ini menurut Mardjono Reksodiputro, secara kualitatif dapat dikatakan bahwa sanksi pidana bisa dianggap lebih berat daripada sanksi berbentuk tindakan. Asumsi demikian ini antara lain dapat disimpulkan dari rumusan pasal 52 ayat (2) yang telah disebutkan dimuka, dimana intinya hakim dapat memberi maaf (*rechterlijke pardon*) kepada terdakwa dan tidak memberi pidana apapun, namun tetap memberi “tindakan”.²²⁵⁾

Dalam kaitannya dengan sanksi hukum yang berupa “pidana”, dari segi stelselnya, tampaknya RUU-KUHP Baru mendatang memperlihatkan perubahan dan pembaharuan-pembaharuan yang cukup signifikan dibanding KUHP sekarang. Dalam pasal 58 sampai dengan pasal 60, masalah stelsel pidana ini secara lengkap diatur sebagai berikut:

Pasal 58

(1) Pidana Pokok adalah :

Ke-1 pidana penjara

Ke-2 pidana tutupan

Ke-3 pidana pengawasan

Ke-4 pidana denda

Ke-5 pidana kerja sosial

(2) Urutan pidana pokok di atas menentukan berat ringannya pidana

Pasal 59

Pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus.

Pasal 60

²²⁵⁾ Mardjono Reksodiputro, *op cit.*

(1) Pidana Tambahan adalah :

Ke-1 pencabutan hak-hak tertentu

Ke-2 perampasan barang-barang tertentu dan tagihan

Ke-3 pengumuman putusan hakim

Ke-4 pembayaran ganti kerugian

Ke-5 pemenuhan kewajiban adat

(2) Pidana tambahan hanya dapat dijatuhkan apabila tercantum secara tegas dalam perumusan tindak pidana.

(3) Pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat dan pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan oleh hakim sesuai dengan kebutuhan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana.

(4) Pidana tambahan untuk percobaan dan pembantuan adalah sama dengan tindak pidananya.²²⁶⁾

Berdasarkan rumusan pasal-pasal di atas, diketahui bahwa ada beberapa hal baru sebagai hasil dari upaya pembaharuan, yaitu: (1) Pidana mati tidak lagi ditentukan sebagai pidana pokok tetapi sebagai pidana khusus yang eksepsional, (2) Daftar dari jenis-jenis pidana pokok, selain tidak mencantumkan pidana mati juga tidak mencantumkan pidana kurungan. Namun menetapkan dua jenis pidana baru yakni “pidana pengawasan” dan “pidana kerja sosial”. (3) Dalam pidana tambahan, selain tetap mempertahankan jenis-jenisnya sebagaimana yang ada dalam KUHP

²²⁶⁾ Dalam RUU KUHP Baru Tahun 1999/2000, tiga rumusan pasal tentang stelsel/jenis-jenis pidana di atas termaktub dalam pasal 60 – 62 dengan redaksi yang sedikit berbeda tetapi substansi sama.

sekarang, juga ditetapkan dua jenis pidana baru yakni “pidana pembayaran ganti rugi” dan “pidana pemenuhan kewajiban adat”.

Menurut Barda Nawawi Arief, penempatan pidana mati sebagai pidana khusus yang eksepsional dilatarbelakangi oleh pemikiran bahwa dilihat dari tujuan pemidanaan, pidana mati pada hakekatnya bukan sarana utama/pokok untuk mengatur, menertibkan dan memperbaiki individu/masyarakat. Pidana mati hanya merupakan sarana perkecualian. Ibaratnya, tindakan medis “amputasi” dalam dunia kedokteran tidaklah merupakan obat utama untuk penyembuhan suatu penyakit, tetapi hanya merupakan upaya perkecualian sebagai obat terakhir. Oleh karena itu dalam R-KUHP mendatang (vide pasal 80 konsep tahun 1999/2000) ditegaskan bahwa pidana mati secara alternatif dijatuhkan sebagai “upaya terakhir” untuk mengayomi masyarakat.²²⁷⁾

Meskipun bertolak dari latar belakang pemikiran yang cenderung menekankan “social defence” (perlindungan masyarakat), tidak berarti R-KUHP Baru dalam konsepnya tentang pidana mati ini mengabaikan sama sekali orientasi pada perlindungan individual (pelaku tindak pidana). Buktinya dalam R-KUHP mendatang diatur pula ketentuan mengenai “penundaan pelaksanaan pidana mati” dengan masa percobaan selama 10 tahun yang memungkinkan dirubahnya vonis pidana mati menjadi pidana penjara.²²⁸⁾ (Perhatikan ketentuan pasal 79-80 RUU KUHP 1991/1992 atau pasal 81-82 RUU KUHP 1999/2000).

²²⁷⁾ Barda Nawawi Arief, *Masalah Pidana Mati dan Pidana Anak dalam Konsep RUU KUHP*, Makalah pada Forum Debat Publik RUU tentang KUHP, Departemen Kehakiman dan HAM, Jakarta, 27-28 Nopember 2000.

²²⁸⁾ Ibid, lihat pula Barda Nawawi Arief, *op cit*, (Bunga Rampai...), hal 99.

Adapun jenis pidana baru berupa “pengawasan”, berdasarkan ketentuan mengenai pedoman penerapannya (vide pasal 70 –72), sesungguhnya tidak jauh berbeda pengertiannya dengan lembaga pidana bersyarat yang telah dikenal selama ini. Sedangkan pidana “kerja sosial”, back ground pencantumannya sebagai jenis pidana baru adalah merupakan konsekuensi diterimanya aliran hukum pidana yang bersifat “daad-daader strafrecht”, yang sejauh mungkin berusaha untuk mengembangkan alternatif pidana kemerdekaan (lihat penjelasan pasal 58). Hal ini karena pidana perampasan kemerdekaan (seperti penjara) yang sering dijadikan “primadona”, secara penologis ternyata banyak melahirkan berbagai dampak negatif khususnya bagi masa depan pelaku tindak pidana.

Kemudian, hal menarik dari stelsel pidana tambahan ialah dicantumkannya dua jenis pidana baru yakni “pidana pembayaran ganti rugi” dan “pidana pemenuhan kewajiban adat”. Secara viktimologis, penetapan jenis pidana “pembayaran ganti rugi” kepada korban kejahatan atau ahli warisnya adalah sangat relevan dan urgen. Sebab hal ini menunjukkan adanya pengertian terhadap penderitaan korban suatu tindak pidana.²²⁹⁾ Hanya saja makna viktimologis tersebut tidak akan dapat optimal karena penempatan jenis pidana ini yang hanya sebagai pidana tambahan. Padahal pidana tambahan hanya dimaksudkan untuk menambah pidana pokok yang telah dijatuhkan terlebih dahulu dimana sifat penjatuhannya adalah sangat fakultatif (tergantung pertimbangan hakim bilamana dipandang perlu).²³⁰⁾ Untuk jenis pidana “pemenuhan kewajiban adat”, pencantumannya sebagai jenis pidana baru adalah

²²⁹⁾ Lihat Penjelasan Pasal 89 RUU KUHP Baru Tahun 1991/1992 (1993 yang telah disempurnakan).

²³⁰⁾ Perhatikan penjelasan pasal 60 RUU KUHP Baru tahun 1991/1992 (1993 yang telah disempurnakan).

guna menampung jenis sanksi adat atau sanksi menurut hukum tidak tertulis. Kebijakan ini adalah berkait erat dengan kebijakan tentang hakekat tindak pidana dalam R-KUHP Baru mendatang yang mengakui adanya tindak pidana menurut hukum adat (asas legalitas material). Sehingga konsekuensi dari pengakuan terhadap keberadaan hukum “informal” tersebut logikanya ialah harus disediakan suatu jenis sanksi yang bersifat “informal” pula. Namun pemikiran demikian ini tidak berarti bahwa tindak pidana yang disebutkan dalam hukum formal (undang-undang tertulis) tidak dapat dikenai sanksi pidana informal (adat). Sanksi pidana informal (adat) tetap dapat dikenakan hanya saja dalam kedudukan sebagai pidana tambahan. Hal ini berkebalikan dengan posisi sanksi pidana informal (adat) yang justru menjadi pidana pokok untuk tindak pidana-tindak pidana yang informal (menurut hukum adat/tidak tertulis) dimana sebagai pidana penggantinya ialah justru sanksi-sanksi pidana formal (seperti denda atau ganti rugi) bila karena sesuatu hal pidana informal (adat)-nya tidak dapat dipenuhi oleh terpidana.²³¹⁾

Selanjutnya, kembali kepada ketentuan mengenai penggunaan “Double Track System” dalam R-KUHP mendatang, sepanjang yang berkaitan dengan sanksi hukum berupa “tindakan” (*maatregel*), ada beberapa penegasan kebijakan sebagaimana tercermin dalam ketentuan pasal 91 sampai dengan 95.²³²⁾ Dalam hal ini R-KUHP menentukan adanya jenis-jenis tindakan sebagai langkah hukum murni terhadap orang-orang tertentu yang disebabkan sesuatu keadaan, dinilai merupakan

²³¹⁾ Lihat ketentuan pasal 90 dan penjelasannya dalam RUU KUHP Baru tahun 1991/1992 (1993 yang telah disempurnakan). Ketentuan ini dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000 terdapat dalam pasal 93. Penjelasan tentang jenis pidana ini juga dapat dilihat dalam Barda Nawawi Arief, *op cit* (Bunga Rampai...), hal 171.

²³²⁾ Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, Ketentuan mengenai “tindakan” di atas terdapat dalam pasal 94 sampai dengan pasal 105.

orang yang tidak/kurang mampu bertanggungjawab atas tindak pidana yang dilakukannya. Bentuk tindakan terhadap kelompok orang yang demikian ini ialah:

Ke-1 perawatan di Rumah Sakit Jiwa

Ke-2 penyerahan kepada pemerintah

Ke-3 penyerahan kepada seseorang.²³³⁾

Disamping itu, ditentukan pula adanya jenis-jenis tindakan yang penjatuhannya bernilai sebagai langkah hukum tambahan (karena dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok guna lebih menampakkan aspek social defence dari pidana), yaitu terhadap orang-orang yang secara hukum merupakan orang yang mampu bertanggungjawab atas tindak pidana yang dilakukannya. Adapun bentuk tindakan yang lebih berorientasi untuk memberikan perlindungan kepada masyarakat ini ialah:

Ke-1 pencabutan surat ijin mengemudi

Ke-2 perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana

Ke-3 perbaikan akibat-akibat tindak pidana

Ke-4 latihan kerja

Ke-5 rehabilitasi

Ke-6 perawatan di dalam suatu lembaga.²³⁴⁾

²³³⁾ Langkah hukum berupa 3 tindakan di atas sesungguhnya tidak berbeda (merupakan penegasan) terhadap hal-hal yang juga sudah menjadi ketentuan dalam KUHP sekarang yakni vide pasal 44-45.

²³⁴⁾ Beberapa bentuk tindakan di atas dapat dikatakan sebagai suatu perkembangan baru untuk merespon bentuk realitas kriminal yang terjadi dewasa ini. Misalnya, tindakan berupa "perampasan keuntungan yang diperoleh dari tindak pidana", menurut penjelasan pasal 91 R-KUHP Baru 1991/1992 (1993 yang telah disempurnakan), adalah untuk merespon fenomena "money laundering" sebagai langkah lanjutan dari beberapa bentuk *white collar crime*, seperti kejahatan narkoba, korupsi, dan lain-lain.

Selanjutnya hal baru berikutnya (ke empat) berkaitan dengan pemikiran tentang sanksi pidana dalam R-KUHP Baru mendatang ialah adanya aturan-aturan mengenai penerapan pidana yang mencerminkan pemberian tanggung jawab dan kewenangan kepada hakim secara lebih luas dan lebih berat dibanding menurut ketentuan KUHP sekarang. Oleh karena itulah maka dalam menjatuhkan sanksi, hakim dibekali orientasi yang harus dicerminkan dalam motivasi putusan pemidanaan yang dijatuhkannya. Orientasi yang dimaksud ialah ketentuan mengenai tujuan pemidanaan, pedoman pemidanaan secara umum dan pedoman penerapan untuk tiap-tiap jenis pidana (bahkan tindakan sebagaimana telah dipaparkan terdahulu).

Adapun beberapa indikasi tentang adanya tanggungjawab dan kewenangan hakim yang berat dan luas tersebut antara lain ialah:

1. Dimilikinya diskresi secara lebih luas oleh hakim, dimana hakim dapat menambahkan atau hanya menjatuhkan pidana denda, meskipun tindak pidana bersangkutan diancam hanya dengan pidana penjara (vide pasal 55).²³⁵⁾
2. Bentuk lain dari diskresi luas yang dimiliki hakim ialah dibenarkannya hakim untuk merubah ancaman pidana yang tercantum dalam undang-undang secara alternatif menjadi kumulatif dengan pertimbangan demi pencapaian tujuan pemidanaan (vide pasal 57).²³⁶⁾
3. Hakim juga dapat mengubah putusan pidana dan tindakan dari suatu kasus pidana yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dengan pertimbangan/ melihat laporan tentang perkembangan perilaku terpidana serta demi pencapaian

²³⁵ Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, ketentuan di atas terdapat dalam pasal 54.

tujuan pemidanaan. Tetapi kewenangan mengubah putusan tersebut dibatasi tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan terpidana (vide pasal 54).²³⁷⁾

4. Meskipun dalam suatu kasus pidana seseorang telah dinyatakan secara sah dan meyakinkan bersalah atas suatu tindak pidana, hakim dengan kewenangannya dapat memberi maaf kepada pelaku tindak pidana tersebut dengan tidak menjatuhkan sanksi apapun (baik pidana maupun tindakan). Penerapan kewenangan tersebut harus berdasarkan pertimbangan dari segi keadilan dan kemanusiaan serta melihat realitas berat ringannya perbuatan, keadaan pribadi pelaku, dan keadaan pada waktu dilakukannya perbuatan atau keadaan yang terjadi kemudian (vide pasal 52 ayat (2)).²³⁸⁾

Berdasarkan besarnya kewenangan hakim, maka eksistensi tujuan dan pedoman pemidanaan yang telah ditetapkan benar-benar harus menjadi acuan para hakim agar putusannya sejauh mungkin dapat mencerminkan keadilan sebagai tujuan dan sekaligus esensi hukum. Dalam hubungan ini, secara filosofis Barda Nawawi Arief menjelaskan bahwa adanya perumusan mengenai tujuan dan pedoman pemidanaan dalam R-KUHP Baru mendatang adalah bertolak dari pokok-pokok pemikiran sebagai berikut.²³⁹⁾

1. Pada hakekatnya undang-undang merupakan suatu sistem (hukum) yang bertujuan. Dirumuskannya pidana dan aturan pemidanaan dalam undang-undang

²³⁶⁾ Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, ketentuan di atas terdapat dalam pasal 56.

²³⁷⁾ Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, ketentuan di atas terdapat dalam pasal 53.

²³⁸⁾ Dalam RUU KUHP Baru tahun 1999/2000, ketentuan di atas terdapat dalam pasal 51 ayat (2).

²³⁹⁾ Barda Nawawi Arief, *op cit* (Bunga Rampai ...), hal 117-118.

pada hakekatnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan, oleh karena itu perlu dirumuskan tujuan dan pedoman pembedanaan.

2. Dilihat secara fungsional dan operasional, pembedanaan merupakan suatu rangkaian proses dan kebijaksanaan yang konsistensinya sengaja direncanakan melalui tahap “formulasi” oleh pembuat undang-undang, tahap “aplikasi” oleh aparat/instansi pelaksana pidana. Agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap itu sebagai satu kesatuan dalam sistem pembedanaan, maka diperlukan perumusan tujuan dan pedoman pembedanaan.
3. Sistem pembedanaan yang bertolak belakang dari individualisasi pidana tidak berarti memberi kebebasan sepenuhnya kepada hakim dan aparat-aparat lainnya tanpa pedoman atau kendali/kontrol dan sekaligus memberikan dasar filosofis, dasar rasionalitas dan motivasi pembedanaan yang jelas dan terarah.

Sesungguhnya, sebagai hasil dari upaya pembaharuan, dalam R-KUHP mendatang juga terlihat adanya beberapa hal baru lainnya berkait dengan pemikiran masalah sanksi pidana ini. Seperti semakin jelasnya pola pembedanaan khususnya yang berhubungan dengan pola berat ringannya pidana dan pola perumusan ancaman pidana, perubahan bentuk pengancaman pidana denda dari menyebutkan nominalnya menjadi penyebutan kategorinya,²⁴⁰⁾ dan lain sebagainya. Namun hal-hal tersebut

²⁴⁰⁾ Berdasarkan ketentuan pasal 73 RUU KUHP Baru tahun 1991/1992 (Pasal 75 RUU KUHP Baru tahun 1999/2000), untuk maksimum pidana denda ditetapkan berdasarkan kategori sebagai berikut:

Kategori I	Rp.	150.000	(seratus lima puluh ribu rupiah)
Kategori II	Rp.	750.000	(tujuh ratus lima puluh ribu rupiah)
Kategori III	Rp.	3.000.000	(tiga juta rupiah)
Kategori IV	Rp.	7.500.000	(tujuh juta lima ratus ribu rupiah)

sesungguhnya lebih merupakan suatu modifikasi saja sehingga menurut hemat penulis kurang perlu untuk dipaparkan secara detail.

C.3 Analisis Perbandingan Antara Konsep Islam dengan Konsep KUHP Baru Tentang Sanksi Pidana dan Proyeksi “Ideal” Kebijakan Legislatifnya di Masa Mendatang

Sebagaimana telah dipaparkan dalam dua sub bab terdahulu (yakni pada Bab IV.C.1 dan C.2), diketahui bahwa dalam pemikiran mengenai masalah sanksi pidana, antara konsep Islam dengan konsep KUHP Baru sesungguhnya memiliki berbagai persamaan pandangan di samping tentunya juga ada perbedaan-perbedaannya. Persamaan tersebut khususnya ialah sepanjang yang berkait dengan orientasi tentang tujuan pemidanaan, urgensi tentang pedoman pemidanaan dan konsep tentang kewenangan hakim dalam penerapan sanksi pidana. Sedangkan pada hal-hal tertentu yang lain seperti masalah stelsel pidana dan hakekat sanksi pidana, dapat dikatakan bahwa antara kedua konsep tersebut memang ada perbedaan-perbedaan yang cukup signifikan untuk dikemukakan. Oleh sebab itu untuk lebih jelasnya maka

Kategori V Rp. 30.000.000 (tiga puluh juta rupiah)
 Kategori VI Rp. 300.000.000 (tiga ratus juta rupiah)

perbandingan analitis di antara kedua konsep di atas (islam dan R-KUHP Baru) tentang sanksi pidana ini akan segera diuraikan berikut ini baik mengenai persamaan-persamaannya maupun mengenai perbedaan-perbedaannya.

Pertama, dalam masalah konsep tentang tujuan penjatuhan pidana, dapat ditegaskan bahwa antara pemikiran menurut islam dengan R-KUHP Baru secara prinsip tidak ada perbedaan. Apabila dalam R-KUHP Baru mendatang ditegaskan beberapa hal sebagai tujuan pemidanaan yang mencakup secara komprehensif baik terhadap pandangan-pandangan yang bersifat retributif, preventif, utility maupun pandangan yang menggabungkan terhadap semuanya itu, maka dalam konsep islam pun pada dasarnya juga ditegaskan hal yang sama. Ketentuan al-qur'an seperti yang termaktub dalam surat al-maaidah: 38, An-nuur: 2 dan lain-lain yang telah dipaparkan terdahulu, sesungguhnya menyiratkan konsep-konsep pemikiran pemidanaan yang retributif, preventif dan utility, yang dalam R-KUHP Baru dirumuskan dengan redaksionalisasi berbeda namun substansinya sama yakni sebagaimana tercermin dalam ketentuan pasal 51 atau pasal 50 menurut RUU KUHP tahun 1999/2000.

Namun demikian, dalam hubungannya dengan aspek utilitas (kemanfaatan) dari pemidanaan khususnya yang dapat dirasakan oleh individual victim (korban kejahatan langsung yang bersifat perseorangan), konsep islam dapat dikatakan memiliki komitmen lebih kuat dibanding R-KUHP Baru. Hal demikian ini setidaknya dapat disimpulkan dari adanya ketentuan dalam islam seperti: (a) konsep "al-'afwu" atau pemaafan oleh korban/keluarga korban kepada pelaku tindak pidana dalam kasus jarimah qishash, (b) konsep pengguguran penerapan pidana

hudud karena adanya pemberian maaf oleh korban kepada pelaku jarimah khususnya dalam jarimah hudud yang mengandung aspek korban individual langsung seperti qodzaf, zina mukhsan, khirobah dan lain-lain. Konsep-konsep pembedaan di atas sebagaimana telah dijelaskan dalam uraian sub bab IV.C.1 terdahulu, adalah konsep yang mencerminkan betapa pemikiran-pemikiran viktimologis yang dikembangkan sebagai ilmu bantu hukum pidana dewasa ini sesungguhnya telah lama menjadi concern dan komitmen islam. Kebijakan hukum yang memberikan hak sedemikian besar kepada korban kejahatan untuk menentukan ada tidaknya proses hukum terhadap pelaku kejahatan yang nyata-nyata dan langsung telah merugikannya, adalah refleksi dari suatu perhatian yang sungguh-sungguh dari ajaran islam kepada korban. Sebab dalam kedua konsep pembedaan di atas, apabila korban/keluarga korban mengambil sikap memaafkan pelaku kejahatan, maka proses penyelesaian perkara secara hukum tidak boleh diteruskan. Sebaliknya apabila korban/keluarga korban menghendaki proses penyelesaian perkara secara hukum, maka institusi peradilan tidak boleh mengupayakan cara lain yang menyimpang dari prosedur yuridis yang tidak menjadi kehendak korban/keluarga korban. Logika dari background kebijakan hukum yang demikian ini ialah mengingat korban kejahatan merupakan pihak yang langsung dan pertama kali mengalami penderitaan dibanding pihak-pihak lain (seperti masyarakat luas), sehingga wajar apabila ia mendapatkan perhatian yang lebih dari payung hukum dibanding pihak lainnya. Apabila korban mengalami semacam penderitaan psikologis maupun material yang hebat akibat kejahatan pelaku hingga meluapkan perasaan emosional untuk balas dendam, maka diaturlah keinginan balas dendamnya tersebut agar proporsional/tidak berlebihan

melalui wadah diperbolehkannya menuntut pemidanaan secara yuridis. Namun sebaliknya, apabila korban dapat memahami penderitaan akibat suatu kejahatan melalui wacana-wacana keagamaan hingga akhirnya ia lebih menempuh sikap yang bijak yakni dengan memaafkan pelaku kejahatan, maka dalam hal demikian ini institusi peradilan tidak dibenarkan memaksakan proses hukum yang bisa berujung pada pemidanaan sebagaimana ketentuan nash mengenai qishash atau hudud terhadap pelaku kejahatan tersebut. Secara filosofis, kebijakan hukum islam seperti ini sesungguhnya juga dapat dimaknai sebagai suatu media untuk *character building* bagi seseorang hingga ia bisa menjadi seorang yang penyabar dan bijak. Sedangkan sabar dan bijak adalah suatu sifat-sifat pribadi yang mencerminkan keunggulan kualitas seseorang dibanding sifat seseorang yang melulu hanya ingin tahu dan mau menuntut hak-haknya saja.

Gagasan hukum yang viktimologis dan beraspek *character building* seperti dalam konsep islam di atas, dalam R-KUHP Baru mendapat kurang mendapatkan perhatian yang proporsional. Karena kebijakan R-KUHP secara umum, masih seperti KUHP sekarang yakni menegaskan bahwa suatu tindak pidana yang terjadi sekalipun itu berkait dengan tindak pidana yang serius dan bersifat individual victim (seperti pembunuhan), pada prinsipnya tetap harus diselesaikan melalui proses hukum betapapun korbannya sendiri ingin atau bahkan telah memaafkan pelaku tindak pidana tersebut. Kebijakan umum di atas memang dikecualikan oleh ketentuan mengenai beberapa jenis tindak pidana yang merupakan delik aduan, di mana secara relatif untuk kasus-kasus delik tersebut hukum memberikan ruang gerak kepada korban untuk mengadukan dan menuntut proses yuridis terhadap pelaku kejahatan

atau sebaliknya mencabut aduannya dan menghentikan proses yuridis tersebut. Namun demikian, secara umum kebijakan yang prinsipal bagi penyelesaian suatu perkara pidana adalah tetap harus melalui proses-proses secara hukum. Dalam konteks ini, kiranya dapat dikemukakan satu contoh kongkrit pada dataran praktek seperti kuatnya “suara-suara” belakangan ini yang menghendaki agar proses hukum dan peradilan tetap diterapkan dalam penyelesaian kasus Tanjung Priok sekalipun sudah terjadi “ishlah” (perdamaian / saling memaafkan) antara korban dengan pihak yang dianggap pelaku kejahatan dalam kasus tersebut. Contoh yang dikemukakan di atas memang berkait dengan kebijakan dalam KUHP (W.v.S-N.I) sekarang, akan tetapi karena kebijakan tersebut tampaknya masih dipertahankan dalam R-KUHP Baru mendatang, maka pemaparan tentang contoh di atas untuk menggambarkan adanya kebijakan prinsip yang menghendaki agar penyelesaian terhadap suatu tindak pidana haruslah secara yuridis peradilan, kiranya dapat dianggap sebagai sesuatu yang relevan.

Namun demikian, harus diakui bahwa dalam rancangan ketentuan mengenai stelsel pidana, R-KUHP Baru mendatang memang telah menetapkan jenis pidana “Pembayaran Ganti Kerugian” terhadap korban kejahatan sebagai salah satu jenis pidana hasil pembaharuan. Jenis pidana ini secara spirit of law sesungguhnya dapat dinilai sebagai cermin adanya akomodasi terhadap gagasan hukum pidana yang viktimologis (memperhatikan korban kejahatan). Namun gagasan akomodatif tersebut terkesan menjadi “kurang serius” karena kebijakan R-KUHP Baru yang menempatkan jenis pidana Ganti Rugi di atas hanya sebagai Pidana Tambahan (lihat kembali ketentuan pasal 60 atau pasal 62 menurut RUU KUHP tahun 1999/2000).

Implikasi dari kebijakan yang demikian ini mengakibatkan perlu tidaknya penjatuhan pidana ganti rugi (yang konseptualisasinya dimaksudkan sebagai cermin hukum yang melindungi dan memperhatikan korban kejahatan) adalah sangat tergantung kepada pertimbangan hakim. Artinya apabila hakim memandang perlu maka pidana tersebut dapat dijatuhkan, sebaliknya apabila hakim memandang tidak perlu maka penjatuhan pidana tersebut pun boleh tidak dilakukan betapapun sesungguhnya korban kejahatan memerlukan ganti rugi atas penderitaan yang dialaminya.

Hal di atas berbeda dengan konsep islam mengenai “diyat” yang sesungguhnya identik dengan pidana ganti rugi. Dalam ajaran islam, diyat ditempatkan sebagai *al-‘uqubatul badliyyah* yaitu pidana yang menggantikan kedudukan pidana pokok yang bernama qishash. Sebagai pengganti dari pidana pokok maka kedudukan diyat adalah sama dengan pidana pokok itu sendiri. Konsekwensinya, konsep penjatuhannya pun mengikuti konsep dari penjatuhan pidana pokok yang digantikannya yaitu qishash. Artinya, sebagaimana dalam konsep pembedaan qishash, pertimbangan mengenai perlu tidaknya penjatuhan pidana diyat (ganti rugi) diserahkan sepenuhnya kepada korban/keluarga korban, bukan kepada hakim. Karena korban atau keluarga korbanlah yang paling mengetahui apakah dengan mengalami penderitaan akibat kejahatan itu ia memerlukan ganti rugi ataukah tidak. Adanya konsep seperti inilah yang mendukung statement di depan bahwa dalam pemikiran tentang pembedaan yang berdimensi utilitas khususnya terhadap korban kejahatan, islam dapat dikatakan memiliki komitmen yang lebih kuat dibanding R-KUHP Baru.

Berdasarkan paparan analisis di atas, apabila konsep R-KUHP tetap ingin konsisten dengan basis pemikiran mono-dualistiknya, yaitu hukum pidana yang berpijak pada keseimbangan pemberian perlindungan baik terhadap masyarakat luas maupun terhadap individu (yang mencakup individu pelaku kejahatan dan terlebih lagi individu korban kejahatan), maka seharusnya konsep hukum islam yang sangat concern dalam memberikan perhatian terhadap korban sebagaimana dikemukakan di atas kiranya dapat diakomodasikan dalam penyempurnaan susunan R-KUHP Baru mendatang. Sebab berdasarkan berbagai ketentuan pasal yang telah diuraikan kajiannya pada sub bab IV.C.2 terdahulu, menyiratkan kesan yang kuat bahwa kebijakan memberikan perhatian terhadap individu dalam R-KUHP Baru mendatang seolah hanya menitik beratkan kepada individu pelaku kejahatan saja. Kesimpulan demikian ini antara lain dapat disarikan dari: (a) ketentuan mengenai *tujuan pemidanaan* di mana dari lima point, tiga diantaranya cenderung menekankan perhatian terhadap pelaku kejahatan sebagai calon terpidana. Tiga point itu ialah pemidanaan tidak boleh sampai menderitakan dan merendahkan martabat terpidana, pemidanaan harus berorientasi sebagai upaya pembebasan rasa bersalah dari terpidana, dan pemidanaan harus berorientasi sebagai upaya yang bersifat membimbing serta mengarahkan terpidana hingga kembali menjadi manusia yang baik dan berguna. (b) ketentuan mengenai "*individualisasi pidana*" yang secara eksplisit berorientasi kepada pemberian perhatian yang terkesan "agak berlebihan" terhadap pelaku kejahatan yang menjadi terpidana. Misalnya penegasan asas tiada pidana tanpa kesalahan, pencantuman hah-hal yang berkait dengan diri calon terpidana sebagai pedoman pemidanaan, ketentuan mengenai modifikasi pidana yang

telah berkekuatan tetap, penegasan ketentuan mengenai pedoman pemberian maaf kepada calon terpidana oleh hakim (bukan oleh korban kejahatan) dan lain sebagainya.

Mengingat individu korban kejahatan adalah pihak yang harus juga diperhatikan oleh hukum bahkan dialah yang sebenarnya berhak mendapat perhatian yang lebih karena merupakan pihak yang langsung dan pertama kali merasakan akibat suatu kejahatan, maka pemikiran-pemikiran islam yang viktimologis di depan kiranya dapat dikontribusikan dalam penyempurnaan R-KUHP Baru mendatang. Tujuannya ialah agar KUHP nasional mendatang benar-benar merupakan hukum pidana yang berbasis konsep perlindungan terhadap berbagai pihak (masyarakat, individu korban dan individu pelaku kejahatan) secara seimbang. Dalam tataran kebijakan legislatif, kontribusi tersebut misalnya dapat diwujudkan dalam bentuk penetapan stelsel *"pidana ganti rugi terhadap korban sebagai pidana pokok"*, dengan hak penjatuhan sepenuhnya diserahkan kepada korban kejahatan. Sedangkan peradilan (hakim) diposisikan sebagai legitimator atas sikap yang ditunjukkan korban dalam menggunakan haknya tersebut. Disamping itu perlu pula dituangkan suatu ketentuan yang dapat menjamin secara pasti mengenai hak memperoleh ganti rugi oleh korban tersebut. Misalnya, keuangan negara akan menjamin pembayaran ganti rugi apabila karena suatu hal pelaksanaan pidana tersebut tidak dapat dilakukan oleh terpidana. Pemikiran seperti ini adalah sejalan dengan konsep islam tentang pembayaran *"diyat"* yang realisasinya pertama-tama diwajibkan dari harta terpidana, kemudian dari harta keluarga terpidana (khususnya dalam hal tindak pidana yang terjadi karena kealpaan pelaku dalam rangka mengokohkan solidaritas famili),

kemudian yang terakhir dari harta negara (baitul maal) apabila pembayaran ganti rugi dari harta terpidana maupun keluarganya tidak dapat dilakukan karena kemiskinan misalnya. (Perhatikan kembali konsep *diyat mukhoffafah* sebagai sanksi pidana atas jarimah qishash karena serupa sengaja atau karena kealpaan).

Selanjutnya masih dalam konteks pemidanaan khususnya yang berhubungan dengan stelsel pidana, selain perbedaan pandangan dalam menempatkan kedudukan pidana ganti rugi, perbedaan tersebut juga tampak antara konsep islam dengan R-KUHP Baru dalam hal penempatan kedudukan pidana mati. Sebagaimana terlihat dalam uraian sub bab IV.C.2 terdahulu, R-KUHP Baru mendatang menempatkan pidana mati sebagai pidana khusus yang eksepsional (di luar stelsel pidana pokok). Argumentasi yang melatar belakangnya ialah karena Indonesia ingin menempatkan diri pada posisi “tengah-tengah” di antara desakan dua gerakan ekstrim yang berkembang dewasa ini, yaitu antara yang abolisionis (menghendaki penghapusan pidana mati secara absolut) dengan yang retensionis (menghendaki tetap dipertahankannya pidana mati secara absolut pula). Sedangkan dalam konsep islam (lihat kembali sub bab IV.C.1), eksistensi pidana mati baik yang diancamkan terhadap tindak pidana qishash (pembunuhan) maupun tindak pidana khirobah (perampokan yang berakibat matinya korban) adalah ditempatkan sebagai pidana pokok. Ia baru dapat diganti dengan jenis sanksi pidana lain (seperti diyat) atau bahkan tidak diterapkan sama sekali manakala hal itu menjadi kehendak korban/keluarga korban kejahatan.

Perbedaan kedua pandangan di atas, sekali lagi, secara viktimologis tentu mengandung implikasi perbedaan pula. Kebijakan menempatkan pidana mati sebagai

pidana khusus yang eksepsional dalam R-KUHP tersebut, mengandung arti bahwa aplikasinya benar-benar harus dengan *pertimbangan yang matang dan ekstra hati-hati oleh hakim*. Konsekwensinya, sangat mungkin terjadi hakim pada akhirnya merasa tidak perlu menjatuhkan pidana mati betapapun korban/keluarganya sangat menghendakinya. Walaupun kemungkinan terjadinya hal ini memang telah dieliminasi melalui ketentuan pedoman penerapan pidana mati. Namun karena hak penjatuhan pidana mati sepenuhnya berada di tangan hakim sementara pidana mati tidak lagi dipandang sebagai pidana pokok, maka penjatuhannya pun tidak menjadi keharusan yang mengikat bagi hakim. Kebijakan yang demikian ini secara implisit adalah berpotensi untuk terjadinya pengurangan perhatian terhadap korban kejahatan.

Hal di atas dalam perspektif islam secara prinsip tidak akan terjadi. Karena pidana mati merupakan pidana pokok di mana hak penjatuhannya diberikan terlebih dulu kepada korban/keluarga korban kejahatan sebagai manifestasi perhatian hukum terhadapnya. Di samping itu kedudukan sebagai pidana pokok tersebut akan mengkondisikan hakim untuk tidak mudah mengabaikannya (seperti dalam konseptualisasi R-KUHP di atas) sepanjang hal itu memang menjadi kehendak korban/keluarganya. Padahal untuk kasus-kasus yang serius dan berdimensi individual victim (seperti pembunuhan dan perampokan yang berakibat matinya korban), logika keadilan hukum tentu menghendaki adanya perlindungan dan perhatian yang lebih spesifik kepada korban individual dan kemudian masyarakat luas dibanding kepada individu pelaku kejahatan. Logika inilah yang “dikemas” oleh islam melalui konsep pidana mati yang ditempatkan sebagai pidana pokok (sebagai

cermin perlindungan terhadap masyarakat luas) di mana hak penjatuhannya diserahkan kepada korban/keluarga korban kejahatan (sebagai cermin perlindungan terhadapnya).

Berdasarkan hal di atas, maka rancangan kebijakan R-KUHP Baru mendatang yang menetapkan kedudukan pidana mati secara khusus di luar stelsel pidana pokok kiranya perlu untuk ditinjau ulang. Apalagi di tengah situasi sosial masyarakat Indonesia yang akhir-akhir ini cenderung tidak lagi menghargai nyawa seseorang yaitu dengan munculnya fenomena semacam genocide crime di Kalimantan Sambas dan Sampit), kejahatan SARA yang meluas dan menimbulkan akibat yang mengerikan di Maluku, seringnya muncul kasus *eigenrichting* oleh massa di mana seseorang yang diduga penjahat dan tertangkap tangan atau bahkan seseorang yang sekedar baru diisukan sebagai dukun santet, kemudian dibantai beramai-ramai melalui cara-cara yang sadistik dan lain sebagainya. Respon hukum terhadap berbagai fakta di atas yang antara lain dengan cara mempertahankan kedudukan pidana mati sebagai pidana pokok dalam KUHP mendatang dan menegakkannya secara konsisten, barangkali bisa menjadi *salah satu jawaban yang dapat diharapkan*. Meskipun gagasan ini memang akan menjadi kurang populer di tengah derasnya issue global hak asasi manusia (HAM) yang antara lain menentang eksistensi pidana mati. Tetapi masalah fundamental yang perlu kontemplasi bersama secara mendalam ialah apakah keinginan untuk disebut sebagai pahlawan HAM harus mengalahkan kebutuhan untuk pembangunan hukum yang memang seharusnya lebih memberikan perhatian dan perlindungan kepada seseorang yang menjadi

korban langsung dari kejahatan maupun masyarakat luas yang menjadi korban tak langsung.

Selanjutnya, dalam masalah kebijakan sanksi secara umum, di mana R-KUHP Baru mendatang menegaskan digunakannya “Double Track System” (yakni ada jenis-jenis sanksi yang bernama *Pidana* dan ada pula jenis-jenis sanksi yang bernama *Tindakan*), pada dasarnya tidak berbeda dengan konsep islam. Sebab selain ada hudud dan qishash yang benar-benar merupakan jenis sanksi yang bernama *Pidana*, islam juga menegaskan adanya kebijakan sanksi yang bernama *Ta’ziir* di mana substansi ta’ziir ini adakalanya berujud pidana, namun adakalanya pula yang berujud tindakan. Putusan hakim yang berupa “*Tegoran atau Peringatan*” atas kasus seseorang yang dinyatakan bersalah karena melakukan jarimah ta’ziir tertentu yang bersifat sangat ringan misalnya, hakekatnya adalah suatu Tindakan menurut terminologi sanksi dalam kebijakan R-KUHP mendatang. Hanya saja konsep islam tentang sanksi ta’ziir (baik yang berujud pidana maupun tindakan) ini, tidak dijabarkan jenis-jenisnya dengan suatu ketentuan yang terperinci dan fixed sebagaimana yang terdapat dalam R-KUHP (lihat kembali pasal 91-95 atau pasal 94-105 menurut RUU-KUHP 1999/2000). Karena implementasi ta’ziir dalam praktek peradilan diserahkan sepenuhnya kepada kebijaksanaan hakim dengan pertimbangan-pertimbangan ijtihad yang berorientasi kepada perwujudan mashlahah dan pencegahan mafsadah. Konsep yang demikian inilah yang menunjukkan fleksibilitas hukum pidana islam dalam merespon munculnya berbagai macam kejahatan baru baik yang berat maupun yang ringan, yang penanggulangannya antara lain memerlukan penerapan berbagai macam jenis sanksi yang idealnya harus sesuai

dengan jenis dan berat ringannya kejahatan yang terjadi. Penyesuaian antara jenis dan bobot kejahatan yang akan terus berkembang dengan jenis dan bobot sanksi dalam menanggulangi kejahatan tersebut hanya bisa dilakukan hakim apabila sistem sanksinya tidak fixed dan terperinci. Sebab apabila demikian sebagaimana kebijakan yang tampak dalam R-KUHP Baru mendatang, maka ketika terjadi suatu jenis kejahatan baru yang bobot sanksinya tidak terukur oleh sistem sanksi fixed yang ada, akan menimbulkan problem: tidak tertanganinya kejahatan tersebut dengan hukum sanksi yang tersedia.

Oleh karena itu, berdasarkan uraian dalam analisis perbandingan di atas kiranya konsep islam tentang sanksi ta'ziir tersebut dapat dijadikan bahan untuk mengkaji ulang terhadap kebijakan sistem sanksi yang ada dalam R-KUHP Baru mendatang. Artinya untuk menjadikan KUHP yang benar-benar antisipatif terhadap munculnya berbagai macam kejahatan baru yang *un predictable*, selain menyusun sistematika tindak pidana yang model kriminalisasinya diseyogyakan agar mengadopsi sistematika pemikiran islam tentang tindak pidana hudud, qishash dan ta'ziir (sebagaimana telah diuraikan dalam sub bab IV.A.3 terdahulu), sistem sanksinya pun diharapkan juga dapat menerima kontribusi dari konsep sanksi ta'ziir yang telah dikemukakan di atas. Dalam tataran kebijakan legislatif, kongkritnya ialah perlu dirumuskan suatu ketentuan pasal yang substansinya memberikan kewenangan baru kepada hakim untuk "berijtihad" menetapkan suatu perbuatan (berdasarkan kriteria-kriteria tertentu) sebagai tindak pidana berikut sanksinya bersamaan dengan saat ia memeriksa perkara tersebut yang secara yuridis formal belum ada peraturan perundang-undangnya.

Gagasan di atas memang terkesan terlalu mempertaruhkan citra hukum kepada kewenangan hakim. Namun kesan tersebut sesungguhnya tidak terlalu mengkhawatirkan, mengingat dalam R-KUHP mendatang implementasi kewenangan hakim yang potensial menjadi “liar” dalam praktek peradilan sudah “dipagari” oleh rambu-rambu normatif yang berupa ketentuan mengenai *Pedoman Pemidanaan*. Bahkan pengaturan tentang pedoman pemidanaan ini, dalam R-KUHP mendatang dapat dikatakan “lebih dari sekedar cukup” untuk keperluan antisipatif-preventif di atas. Sebab, selain sudah ditentukan aturan mengenai pedoman pemidanaan secara umum, R-KUHP masih menegaskan lagi aturan mengenai pedoman penerapan untuk tiap-tiap jenis pidana yang ada (lihat kembali kajian pada sub bab IV.C.2). Bahkan pula, dalam masalah pedoman pemidanaan ini, mengingat kenyataan kualitas dan integritas hakim dewasa ini yang putusannya masih rentan terhadap berbagai rekayasa, pemikiran R-KUHP Baru dapat dikatakan beberapa langkah lebih maju dibanding pemikiran yang ada dalam tradisi fiqih jinayat islam. Dikatakan demikian, karena konsep islam khususnya berkenaan dengan pemidanaan ta’ziir yang juga memberikan kewenangan besar kepada hakim untuk “berkreasi” dalam praktek peradilan justru tidak diikuti oleh ketentuan yang memberikan “guidence” kepada hakim dalam mengimplementasikan kewenangannya tersebut. Kalaupun ada, ketentuan yang dimaksud itu ialah hanya berupa hal yang bersifat prinsipil, yaitu apapun putusan hakim tentang kasus suatu tindak pidana dan sanksinya haruslah mengacu kepada orientasi perwujudan mashlahah dan pencegahan mafsadah. Adapun masalah bagaimana menerjemahkan acuan prinsipil di atas, sepenuhnya diserahkan pada hakim. Dahulu, konsep pemberian kewenangan kepada hakim dan

cara implementasinya yang seperti ini dapat berjalan dengan baik, karena kualitas dan integritas hakim kepada moral hukum dan keadilan masih dapat dibanggakan dan seolah menjadi jaminan terhadap tidak adanya penyelewengan kewenangan. Oleh karena itu figur seorang hakim pada masa islam dahulu benar-benar merupakan figur pilihan, sehingga seorang imam madzhab besar sekaliber Hambali rela dihukum penjara oleh penguasa hanya karena menolak diangkat menjadi hakim disebabkan ia merasa tidak memenuhi kriteria sebagai seorang hakim yang baik.

Pada masa sekarang, di mana “carut marut” dunia hukum dan peradilan sering menjadi pemandangan sehari-hari yang salah satu sebabnya diakibatkan oleh munculnya putusan-putusan hakim yang “ir-rasional”, maka keberadaan aturan mengenai pedoman pemidanaan yang benar-benar mampu menjadi pembimbing kewenangan besar hakim dalam praktek pemidanaan tersebut sungguh sangat tepat dan relevan. Dalam konteks ini, maka sesungguhnya pemikiran tradisional islam khususnya tentang adanya kewenangan besar bagi hakim namun tidak diikuti oleh adanya aturan pedoman bagi implementasi kewenangan besar tersebut sebagaimana uraian di atas, ada baiknya bila justru konsep hukum pidana islam yang sekarang mengadopsi konsep pedoman pemidanaan yang ada dalam R-KUHP Baru mendatang. Gagasan ini apabila dilihat menurut perspektif teori, sebenarnya memiliki akar justifikasi berdasarkan konsep *ijtihad mashlahah* yang menjadi basis pemikiran hukum pidana islam. Artinya, suatu pemikiran sekalipun itu berasal dari luar tekstualitas sumber-sumber formal hukum islam, namun sepanjang hal itu tidak bertentangan atau sebaliknya justru dapat mendukung prinsip-prinsip islam (yaitu mencegah mafsadah dan menciptakan mashlahah), maka hal tersebut hakekatnya

adalah bagian dari pemikiran islam itu sendiri. Dalam konteks keberadaan aturan mengenai pedoman pidanaaan seperti yang termaktub dalam R-KUHP Baru, sepanjang aturan tersebut predictable mampu menunjang terwujudnya mashlahah dan mencegah mafsadah (karena keberadaannya dapat membimbing hakim untuk melahirkan putusan hukum yang berkeadilan), hakekatnya peraturan tentang pedoman pidanaaan inipun adalah islami.

Akhirnya, berdasarkan seluruh uraian analisis perbandingan antara konsep islam dengan konsep R-KUHP Baru yang telah dipaparkan di atas, baik yang berkait dengan pemikiran mengenai tindak pidana, pertanggung jawaban pidana maupun sanksi pidana, kiranya dapat disimpulkan dalam satu genggam statement bahwa antara kedua konsep tersebut di samping terdapat persamaan-persamaan juga ada perbedaan-perbedaannya. Khusus untuk pandangan-pandangan islam yang menunjukkan perbedaan dengan R-KUHP, diharapkan bisa menjadi salah satu pertimbangan bagi Tim Perumus dan Penyempurna R-KUHP Nasional mendatang sepanjang kontribusi dari bahan islam tersebut memang dapat mendukung terwujudnya suatu KUHP Nasional yang ideal sebagaimana dicita-citakan bersama oleh seluruh bangsa Indonesia.

BAB V

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Berdasarkan seluruh uraian sebagaimana telah dipaparkan baik mulai dari Bab I yang menegaskan latar belakang penulisan thesis, permasalahan yang di angkat, tujuannya, maupun metode penelitian dan pembahasannya hingga paparan dalam Bab II sampai dengan Bab IV yang hakekatnya merupakan jawaban-jawaban analitis terhadap permasalahan dalam thesis ini, kiranya dapat ditegaskan beberapa pokok pemikiran sebagai kesimpulan seperti berikut ini:

1. Hukum pidana Indonesia khususnya yang termaktub dalam KUHP sekarang (W.v.S-N.I), berdasarkan alasan-alasan yang bersifat historis-politis, sosiologis, praktis maupun adaptif memang sudah saatnya membutuhkan suatu pembaharuan. Adapun esensi dari langkah pembaharuan itu ialah melakukan suatu reorientasi dan reformasi nilai-nilai hukum pidana yang ada dalam KUHP sekarang untuk disesuaikan dengan nilai-nilai sentral dari sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia dalam alam kemandirian dan kemerdekaan sebagai suatu bangsa dewasa ini. Urgensinya adalah agar terwujud suatu aturan hukum pidana yang benar-benar aspiratif terhadap realitas sosial masyarakat

Indonesia yang akan menjadi adressat hukum sehingga dapat mendukung efektivikasi berlakunya hukum tersebut secara optimal.

2. Berdasarkan esensi dan urgensi pembaharuan hukum pidana sebagaimana tersebut dalam kesimpulan pertama di atas, maka sudah seharusnya apabila kebijakan dalam upaya pembaharuan tersebut memperhatikan dan akomodatif terhadap berbagai macam sumber bahan tentang nilai-nilai yang riil ada di tengah kehidupan masyarakat. Salah satunya ialah nilai-nilai yang bersumber dari ajaran agama yang telah dipahami dan diyakini masyarakat Indonesia sebagai bangsa yang dikenal religious. Khususnya lagi dalam hal ini ialah nilai-nilai hukum yang berakar dari ajaran agama Islam sebagai agama yang kenyataannya dipeluk, diyakini dan diamalkan oleh mayoritas penduduk Indonesia.
3. Dalam kajian menurut perspektif historis maupun yuridis-konstitusional, diketahui bahwa eksistensi hukum pidana Islam sebagai bagian tak terpisahkan dari ajaran agama Islam secara keseluruhan, sesungguhnya memang memiliki prospek atau peluang besar untuk dikontribusikan sebagai salah satu bahan bagi pembaharuan hukum pidana nasional (KUHP) Indonesia. Kesimpulan demikian ini, karena berdasarkan akar historis diketahui bahwa hukum pidana Islam sebenarnya telah lama ada (dikenal) dan berlaku di bumi Nusantara Indonesia. Masuknya ajaran Islam ke Indonesia yang mulanya melalui kontak perdagangan, pada perkembangan selanjutnya

UPT-PUSTAKA-UNDIP

berubah menjadi semacam gerakan "islamisasi" secara horizontal dalam kehidupan masyarakat Indonesia waktu itu, melalui asimilasi kekeluargaan (perkawinan antara pendakwah dengan pribumi) sehingga terbentuk keluarga-keluarga muslim yang akhirnya berkembang menjadi komunitas Islam. "Islamisasi" juga terjadi secara vertikal yakni melalui berbagai pendekatan yang dilakukan oleh para pendakwah terhadap raja-raja sebagai penguasa waktu itu sehingga berhasil memberlakukan ajaran-ajaran hukum Islam sebagai kitab hukum negara (kerajaan). Seperti kitab-kitab *Al-Muharrar*, *Sabielal Muhtadien*, *Minhaaj At-Thaalibien* dan lain-lain yang menjadi rujukan dan pedoman penguasa dalam memberikan putusan hukum bagi penyelesaian bermacam persoalan yang dihadapi rakyat (masyarakat muslim) di wilayah kerajaan-kerajaan seperti Kesultanan Banjar, Banten, Demak, Samudera Pasai dan sebagainya. Disamping itu berbagai penelitian hukum adat juga membuktikan bahwa khususnya di daerah-daerah yang bercitra sebagai basis islam, misalnya Aceh, Makassar dan Madura, ditemukan pula fakta-fakta berlakunya hukum pidana Islam tersebut dalam bentuk seperti dijumpainya penduduk yang terpotong tangan atau kakinya sebagai akibat dari pelaksanaan hukuman had pencurian atau perampokan, ditemukannya wilayah-wilayah tertentu yang merupakan tempat pembuangan sebagai pelaksanaan hukuman *at-taghrieb* (pengasingan) dan sebagainya. Berdasarkan realitas historis inilah maka pada masa pemerintahan Hindia Belanda, muncul

berbagai ketentuan hukum seperti Compendium Freijer, pasal 75 Regerings Reglement dan lain-lain yang substansinya mengakui secara eksplisit keberadaan hukum Islam (termasuk ajaran hukum pidananya) sebagai hukum positif yang hidup dan dipraktekkan oleh masyarakat muslim Indonesia karena memang merupakan tuntutan keharusan menurut ajaran agama (berdasarkan Q.S Al-Baqarah:208). Oleh karena itu, nilai-nilai hukum yang memang telah mengakar dalam kehidupan masyarakat muslim Indonesia sebagai salah satu elemen mayoritas bangsa tersebut, adalah sangat wajar dan sudah seharusnya apabila dipertimbangkan untuk diakomodasikan sebagai salah satu bahan dalam pembaharuan hukum, khususnya lagi ialah pembaharuan hukum pidana (KUHP) dimasa mendatang.

4. Di samping berdasarkan akar historis di atas, peluang kontribusi hukum pidana Islam sebagai bahan dalam pembaharuan KUHP dimasa mendatang, juga dijustifikasi dan dilegitimasi oleh ketentuan yuridis konstitusional. Pasal 29 UUD 1945 baik ayat (1) maupun ayat (2)-nya yang berbunyi “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa” dan “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu”, hakekatnya adalah mengandung muatan-muatan kebijakan prinsipil yang memposisikan negara sebagai pihak yang berkewajiban memfasilitasi terwujudnya kehidupan kenegaraan (melalui perangkat hukumnya) yang menjamin dapat

dijalankannya ajaran agama (termasuk hukum-hukumnya) bagi para ummat pemeluknya sebagai manifestasi rasa keimanan kepada Tuhan Yang Maha Esa. Artinya, hukum pidana Islam sebagai bagian integral dari ajaran agama islam yang diakui keberadaannya dan diimani oleh ummat Islam Indonesia, adalah sangat logis dan konstitusional apabila ia diberi jaminan berbentuk kebijakan hukum negara yang tidak saja mengakui keberadaannya namun juga memfasilitasi terlaksanakannya hukum pidana islam tersebut. Dalam konteks inilah maka sangat tepat sekali kelahiran berbagai macam Ketetapan MPR yang merupakan penjabaran dari amanat konstitusi tersebut, seperti Tap No.II/MPR/1993, Tap No.II/MPR/1998 dan Tap No.IV/MPR/1999 tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN). Dalam Tap GBHN tersebut khususnya pada materi yang berkait dengan kebijakan pembangunan hukum, antara lain ditegaskan bahwa pembangunan hukum (termasuk yang berbentuk pembaharuan hukum) haruslah memperhatikan realitas kemajemukan tatanan (nilai) yang ada dalam kehidupan masyarakat. Salah satu dari tatanan (nilai) tersebut adalah yang bersumber dari ajaran agama, dan salah satu ajaran agama yang diakui ada dan diyakini oleh masyarakat Indonesia adalah ajaran agama Islam. Berdasarkan konfigurasi pemikiran yang demikian ini, maka jelas sekali bahwa hukum pidana Islam yang merupakan bagian dari ajaran agama Islam adalah sangat berpeluang untuk diperhatikan dan diakomodasikan dalam kebijakan pembaharuan hukum pidana (KUHP)

Indonesia dimasa mendatang sebagai bagian dari pembangunan hukum nasional secara keseluruhan.

5. Adapun materi hukum pidana Islam yang dapat dikontribusikan sebagai salah satu bahan dalam pembaharuan KUHP Indonesia mendatang adalah materi yang bersifat pemikiran-pemikiran prinsip (asas-asas), bukan rumusan normatif yuridis sebagaimana tekstualitasnya termaktub dalam nash-nash al-qur'an, al-hadits, al-qanun ataupun tradisi fiqih jinayat seperti yang telah dikembangkan oleh para ahli hukum Islam. Hal demikian ini mengingat bahwa KUHP sebagai hukum publik akan berlaku terhadap seluruh golongan penduduk Indonesia yang realitasnya tidak hanya terdiri atas umat muslim tetapi juga terdiri atas ummat-ummat lain yang sangat heterogen sifatnya khususnya dari sudut keyakinan keagamaan. Jadi oleh karena itu implementasi dari kontribusi tersebut idealnya adalah dalam bentuk diakomodasikannya konsep-konsep dasar dari pemikiran hukum pidana Islam setelah mengalami proses "perkawinan" dengan konsep-konsep dasar menurut sumber-sumber bahan yang lain hingga akhirnya menjadi asas-asas hukum nasional yang diharapkan akan dapat diterima oleh seluruh elemen bangsa.
6. Secara garis besar, konsep-konsep dasar dari pemikiran hukum pidana Islam yang dapat dikontribusikan tersebut adalah yang berkait dengan 3 (tiga) masalah pokok dalam ajaran hukum pidana pada umumnya, yaitu masalah

tindak pidana, masalah pertanggung jawaban pidana dan masalah sanksi pidana.

7. Dalam masalah tindak pidana, ada beberapa hal yang telah ditekankan sebagai pokok-pokok pemikiran, yaitu: (a) konsep mengenai hakekat tindak pidana, (b) konsep mengenai asas legalitas sebagai dasar hukum penilaian dan penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, (c) konsep mengenai asas retro aktif sebagai penyimpangan terhadap asas legalitas, dan (d) konsep mengenai kualifikasi tindak pidana dalam sistematika hukum pidana. Berdasarkan kajian analisis perbandingan, dari pokok-pokok pemikiran dalam masalah tindak pidana di atas, dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya antara konsep Islam dengan konsep R-KUHP Baru menyiratkan kesamaan-kesamaan pandangan. Namun demikian, di samping persamaan sesungguhnya antara kedua konsep tersebut juga menunjukkan adanya perbedaan-perbedaan. Setidaknya ada tiga hal perbedaan yang berikut ini sengaja ditekankan dalam kesimpulan karena secara teoritik mencerminkan “nilai plus” dari konsep Islam sehingga diharapkan dapat berkontribusi bagi penyempurnaan penyusunan R-KUHP mendatang. Tiga hal itu ialah *pertama*, konsep yang berhubungan dengan *ajaran asas legalitas khususnya legalitas materiel*. Inti dari konsep ini mengajarkan bahwa hukum tak tertulis dapat pula dijadikan dasar penilaian dan penetapan suatu perbuatan sebagai tindak pidana (disamping dasar hukum yang tertulis). R-KUHP Baru mengartikan wujud

hukum tak tertulis itu adalah pandangan riil masyarakat yang mencela suatu perbuatan dan menganggap pelakunya patut untuk dikenai dipidana. Sedangkan menurut konsep Islam, hukum tak tertulis itu adalah berwujud implementasi prinsip “dilarar” yang interpretasinya berdasarkan moralitas agama. Maksudnya, suatu perbuatan dapat dinilai dan ditetapkan sebagai tindak pidana adalah berdasarkan pertimbangan penilaian bahwa perbuatan itu membahayakan (dilarar) bagi kehidupan manusia menurut ukuran-ukuran ajaran agama. Jadi bahaya tidaknya suatu perbuatan tidak diukur menurut realitas pandangan masyarakat, tetapi menurut ajaran agama. Hal ini karena pandangan masyarakat dikhawatirkan bisa berubah-ubah yang disebabkan oleh pengaruh berbagai faktor eksternal (seperti pragmatisme, hedonisme, modernisme yang salah pemaknaan dan lain-lain), sehingga kebenarannya menjadi relatif dan potensial “menyesatkan”. Berbeda halnya apabila pandangan mengenai bahaya tidaknya suatu perbuatan tersebut didasarkan pada ajaran agama yang secara doktriner lebih memiliki tingkat kebenaran yang absolut sehingga hukum yang dihasilkan dari rujukan seperti ini relatif lebih dapat dipertanggung jawabkan sebagai pembimbing dalam perubahan-perubahan sosial yang terjadi. Berdasarkan kerangka pemikiran yang seperti ini, maka konsep Islam tentang legalitas materiel dalam pengertian di atas diharapkan dapat diakomodasikan sebagai kontribusi penyempurnaan penyusunan R-KUHP Baru mendatang. *Kedua*, ialah konsep yang

berhubungan dengan *ajaran asas retro aktif sebagai penyimpangan terhadap prinsip menurut ajaran asas legalitas*. Inti dari asas ini mengajarkan bahwa suatu aturan hukum yang baru dibuat dan ditetapkan, dapat diberlakukan secara surut terhadap hal-hal atau perkara yang diatur didalamnya yang telah terjadi sebelum aturan hukum tersebut ada. Secara eksplisit, R-KUHP Baru mendatang tidak menentukan berlakunya asas ini sebagai suatu kebijakan. Kecuali dalam masalah terjadinya perubahan perundang-undangan sebagaimana ditentukan dalam rancangan pasal 2, di mana hukum yang baru (sebagai hasil perubahan) bisa diberlakukan secara surut kepada kasus pidana seseorang sepanjang dinilai akan lebih menguntungkan dibanding memberlakukan hukum lama yang telah dirubah. Hal ini artinya, dalam masalah hukum yang baru sama sekali ada, R-KUHP Baru pada dasarnya (sesuai prinsip asas legalitas) tidak membenarkan berlakunya hukum tersebut secara surut. Sedangkan menurut konsep Islam, di samping mengakui dan memberlakukan asas retro aktif untuk masalah terjadinya perubahan hukum di atas, berdasarkan praktek nabi Muhammad SAW dalam menjalankan hukum-hukum al-qur'an (c.q. Q.S Al-Maaida:33 dan An-Nuur:4) secara eksplisit juga mengakui dan mengajarkan asas retro aktif untuk masalah hukum yang baru sama sekali ada. Namun demikian, aplikasi dari asas yang dalam hukum pidana Islam sering disebut dengan istilah *al-atsaar al-qoth'ie/ar-roj'ie* ini, memang harus memperhatikan syarat-syarat pokoknya, sehingga oleh karena

itu ia harus “dibaca” sebagai asas pengecualian/penyimpangan. Adapun di antara syarat tersebut yang terpenting ialah syarat yang redaksionalisasinya kurang lebih dapat dirumuskan sebagai berikut: *“perkara yang terjadi sebelum suatu aturan hukum ada (dan setelah ada hukum itu akan diterapkan terhadap perkara tadi), harus benar-benar merupakan perkara yang sangat serius dan membahayakan masyarakat luas di mana kepentingan demi terciptanya kebaikan bersama, perkara tersebut memang menghendaki penyelesaian hukum secepatnya”*. Konsep tentang syarat pemberlakuan asas retro aktif yang demikian ini dapat disimpulkan melalui penelusuran terhadap latar belakang historis dari turunnya kedua ayat hukum al-qur’an di atas yang kemudian diterapkan nabi secara surut dalam peradilan kasus *qodzaf* (fitnah) dan *khirobah* (perampokan) . Asas ini secara filosofis adalah sesuai dengan komitmen Islam terhadap konsep hukum dan penegakannya yang bertujuan untuk menciptakan kebaikan (*mashlahah*) dan mencegah kerusakan (*mafsadah*). Oleh karena itu, sepanjang R-KUHP mendatang juga diidealkan sebagai bangunan hukum yang komitmen terhadap tujuan penciptaan *mashlahah* dan pencegahan *mafsadah*, ada baiknya mengadopsi pemikiran Islam tentang pengakuan dan penerapan asas retro aktif di atas sebagai suatu kebijakan eksplisit (di luar rancangan ketentuan pasal 2 yang telah ada sekarang). Terlebih lagi mengingat bahwa dalam berbagai peradilan internasional sekarang, asas retro aktif (khususnya dalam arti memberlakukan

secara surut terhadap hukum yang benar-benar baru ada), kenyataannya cenderung telah menjadi praktek yang diakui keberadaannya (seperti yang terjadi pada Mahkamah Internasional untuk kasus perang Balkan, Khmer Merah, Ruwanda dan lain sebagainya). Tentu saja kecenderungan internasional demikian ini tidak boleh diabaikan responsinya oleh hukum pidana Indonesiadi masa mendatang. Sebab salah satu latar belakang diadakannya pembaharuan KUHP Indonesia ialah karena adanya alasan keharusan adaptif. *Ketiga*, ialah konsep yang berhubungan dengan *kualifikasi tindak pidana dalam sistematika hukum pidana*. Dalam masalah ini, kebijakan implisit R-KUHP Baru adalah mengadakan pembagian jenis-jenis tindak pidana yang dapat “dikualifikasikan” sebagai delik formil (yaitu delik menurut perundang-undangan tertulis) dan delik materiel (yaitu delik menurut hukum tak tertulis). Hal ini sesuai dengan pengakuan terhadap ajaran asas legalitas baik dalam pengertiannya yang formil maupun matriel. Kemudian masing-masing dari “kualifikasi” delik tersebut (khususnya delik formil), selanjutnya dijabarkan dalam rumusan berbagai macam jenis tindak pidana yang sangat mendetil dan fixed sehingga menghasilkan ratusan nama jenis tindak pidana sebagaimana terlihat dalam Rancangan Buku II KUHP Baru mendatang.. Kebijakan “mengkualifikasikan” tindak pidana yang demikian ini akan berakibat bahwa hukum menjadi kurang responsif dan antisipatif terhadap perkembangan-perkembangan baru dari kejahatan yang muncul

kemudian dan tidak/belum diatur dalam hukum yang telah ada. Walaupun untuk mengatasi problem ini sebenarnya dapat digunakan konsep “kualifikasi” delik materiel. Namun mengingat pengertian dari hukum materiel menurut R-KUHP adalah realitas pandangan masyarakat yang bisa berubah-ubah mengenai suatu perbuatan, maka kriminalisasi terhadap kejahatan baru di luar “kualifikasi” delik formil tersebut tetap akan menjadi problema. (Lihat kembali pembahasan mengenai asas legalitas materiel di atas). Adapun dalam Islam, kualifikasi tindak pidana dikonsepskan sangat simpel dan sederhana ke dalam dua kelompok kategori saja. Pertama ialah jenis-jenis tindak pidana yang dinilai sangat mendasar sebagai ancaman terhadap tata kehidupan bersama (biasa disebut tindak pidana *hudud – qishash*) sehingga oleh karenanya perlu dijabarkan perumusannya dalam ketentuan nash/hukum tertulis (al-qur’an/alhadits). Kedua ialah jenis-jenis tindak pidana di luar kategori pertama atau yang biasa disebut tindak pidana *ta’ziir*, di mana ketentuan deliknya adakalanya berdasarkan hukum tertulis (c.q *melalui al-qanun/perundang-undangan*) dan adakalanya berdasarkan hukum tak tertulis yaitu melalui implementasi prinsip *dlarar*. Kategori pertama hanya menghasilkan 9 (sembilan) macam tindak pidana, yaitu zina, qodzaf, sirqoh, khirobah, syurbah, riddah, bughat, pembunuhan dan penganiayaan. Sedangkan kategori kedua bisa terdiri atas perbuatan apa saja dan dapat terus dikembangkan lagi dimasa mendatang menjadi beragam macam tindak pidana,

sepanjang perbuatan itu memenuhi kriteria sebagai tindak pidana menurut moralitas agama dan kriminalisasinya berorientasi kepada tujuan inti syari'at yaitu mewujudkan mashlahah dan mencegah mafsadah dalam kehidupan manusia. Dengan pola kualifikasi tindak pidana yang demikian ini, maka hukum pidana Islam dapat selalu aktual, responsif dan antisipatif terhadap setiap jenis perkembangan kejahatan yang terjadi kemudian di tengah kehidupan masyarakat. Berdasarkan hal di atas maka sistematika "pengkualifikasian" tindak pidana sebagaimana telah dirancang sebagai suatu kebijakan dalam R-KUHP Baru mendatang, mengingat mengandung kelemahan seperti telah dikemukakan di atas, ada baiknya ditinjau ulang dengan mempertimbangkan kemungkinan akomodasi terhadap konsep pola "kualifikasi" tindak pidana menurut Islam. Tujuannya ialah agar KUHP Indonesia mendatang benar-benar dapat menjadi hukum yang fleksibel, responsif dan antisipatif terhadap setiap jenis kejahatan yang terjadi.

8. Dalam masalah pertanggung jawaban pidana, ada dua hal yang telah ditekankan sebagai pokok-pokok pemikiran, yaitu: (a) konsep mengenai syarat/dasar-dasar bagi adanya pertanggung jawaban pidana, dan (b) konsep mengenai beberapa asas penyimpangan terhadap ajaran universal dari pertanggung jawaban pidana. Berdasarkan kajian analisis perbandingan, pada prinsipnya untuk pemikiran yang berkait dengan syarat/dasar-dasar pertanggung jawaban pidana, sesungguhnya antara konsep Islam dengan R-

KUHP Baru mendatang terdapat persamaan-persamaan pandangan. Sebab keduanya sama-sama menyaratkan bahwa pertanggung jawaban pidana itu harus atas dasar telah dilakukannya tindak pidana oleh seseorang. Jadi tidak cukup sekedar karena niat melakukan tindak pidana. Kemudian orang tersebut pada saat melakukan tindak pidana, haruslah berada dalam keadaan mampu bertanggung jawab (yaitu bisa membedakan antara yang benar dan yang salah), serta menyadari betul tindakannya (baik kesadaran itu berbentuk sengaja maupun alpa). Terakhir, pada diri atau tindakan orang tersebut pun haruslah tidak ada hal-hal yang merupakan alasan pembeda ataupun pemaaf. Misalnya berbuat tindak pidana karena situasi yang memaksa, untuk pembelaan, karena error dan lain sebagainya. Namun, di samping sejumlah persamaan di atas, sebenarnya terdapat pula perbedaan yang patut digaris bawahi di sini. Perbedaan itu ialah: *pertama, konsep yang berkait dengan status niat seseorang untuk melakukan tindak pidana dan implikasi hukumnya.* Dalam masalah ini, R-KUHP Baru terkesan memperlihatkan konsep yang ambivalen. Sebab di satu sisi, seseorang yang baru berniat saja untuk melakukan tindak pidana, tidaklah atau belumlah menimbulkan konsekwensi hukum (c.q pembedaan). Hal ini misalnya tercermin dalam konsep RUU mengenai delik percobaan. Sementara itu pada sisi yang lain, RUU mengkonsepkan pula bahwa sekalipun seseorang baru berada dalam tahap niat untuk melakukan suatu tindak pidana, tetapi ia telah dapat dikenai ancaman

pidana. Hal ini tercermin dalam kasus permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana tertentu (seperti delik makar, pemberontakan dan sebagainya). Hakekat permufakatan jahat, betapapun seriusnya sifat kejahatan yang dimufakati, sesungguhnya tetaplah hanya sebuah permufakatan yang tiada lain adalah sebuah niat yang terjadinya secara kolektif antara dua orang atau lebih. Ambivelansi konsep di atas, dalam Islam sama sekali tidak dikenal. Sebab secara konsisten Islam mengajarkan bahwa niat melakukan tindak pidana tidaklah mempunyai implikasi hukum (c.q pembedaan) apapun. Bahkan berdasarkan hadits nabi, orang yang terlanjur berniat melakukan tindak pidana kemudian mau mengurungkan niatnya tersebut, maka ia tidak saja terbebas dari implikasi pidana namun juga diberi reward berupa satu pahala kebaikan di mata Allah SWT. Secara filosofis, konsep Islam seperti ini dimaksudkan untuk mendorong tumbuhnya motivasi pada setiap orang agar secara internal memiliki kekuatan psikis dan moral untuk mencegah dirinya sendiri dari melakukan tindak pidana. Hal ini berbeda pada konsep R-KUHP khususnya dalam kasus permufakatan delik di atas. Karena orang yang terlibat suatu mufakat untuk melakukan tindak pidana (yang berarti baru menetapkan niat secara kolektif), si pelakunya sudah dapat dikenai pidana. Konsep yang demikian ini secara tidak langsung sebenarnya justru potensial mendorong orang untuk sekalian saja merealisasikan niat kejahatannya tersebut. Istilah populernya ialah karena merasa sudah terlanjur “basah” sehingga dari pada

dipidana tetapi belum berbuat apa-apa, maka sekalian saja ia wujudkan tindak pidana yang telah diniatinya tadi. Sebab dengan demikian ia akan merasa wajar dipidana atas tindak pidana yang dilakukannya tersebut, mengingat hakekat pidana adalah suatu pembalasan setimpalatas suatu kejahatan. Di samping itu, apabila dilihat dari teori tentang justifikasi pemidanaan, konsep R-KUHP Baru yang mempidana perbuatan berupa permufakatan jahat tersebut, sebenarnya juga dapat dinilai sebagai pemikiran yang kontroversial. Sebab suatu niat saja tidaklah menimbulkan dampak apapun yang dapat merugikan kepentingan siapapun. Padahal perbuatan menyerang atau merugikan suatu kepentingan tertentu itulah yang menjadi salah satu landasan pokok pemidanaan. Oleh karena itu, dalam penyempurnaan R-KUHP Baru mendatang diusulkan agar tidak saja ada kebijakan yang konsisten (tidak ambivalen) mengenai status hukum dari niat melakukan kejahatan yakni tidak mempidana pemilik niat jahat. Tetapi juga agar konsep Islam tentang pemberian *reward* terhadap orang yang mau mengurungkan niat kejahatannya itu diakomodasi sebagai suatu ketentuan. Tujuannya ialah agar dapat memperkuat kebijakan *prevention of crime* yang diharapkan tumbuh dalam diri setiap orang sehingga ketaatan terhadap hukum dapat terwujud secara optimal. Selanjutnya perbedaan pandangan yang *kedua* antara pemikiran Islam dengan R-KUHP ialah yang berkait dengan *pemikiran mengenai orang-orang yang dianggap tidak mampu bertanggung jawab atas tindakannya*. Dalam hal

ini R-KUHPmendatang menegaskan bahwa hanya ada tiga kelompok orang yang dianggap tidak mampu bertanggung jawab atas tindakannya, yaitu orang yang terganggu jiwanya, orang yang berpenyakit jiwa dan orang yang mengalami retardasi mental. Sedangkan menurut konsep Islam, selain tiga kelompok di atas (yang kesemuanya disebut dengan istilah *al-jununn/gila*), orang yang dinilai tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab saat berbuat adalah termasuk juga anak kecil dan orang yang sedang tidur. Jadi dalam pandangan Islam, tiga kelompok orang yang diidentifikasi sebagai tidak mampu bertanggung jawab menurut R-KUHP di atas, sesungguhnya dapat dikualifikasikan sebagai satu kelompok saja yaitu yang disebut dengan orang gila. Hal ini karena menurut pandangan Islam kondisi gila seseorang itu ada yang bersifat *muthabbiq* (terus menerus), dan ada pula yang bersifat *munqathi'* (temporer/sekedar mengalami gangguan kejiwaan atau mental sesaat). Berdasarkan perbandingan di atas terlihat bahwa penilaian terhadap ketidakmampuan bertanggung jawab atas diri seorang anak kecil dan orang yang sedang tidur saat melakukan tindak pidana, tidak tercakup konseptualisasi hukumnya dalam R-KUHP mendatang. Bahkan dalam perkembangan terakhir, R-KUHP Baru malah menegaskan tetap dapat dipidananya seorang anak yang melakukan tindak pidana dengan kriteria atau syarat tertentu (seperti berusia 12 sampai 18 tahun) serta dengan kemungkinan diperbolehkannya mengenakan tindakan-tindakan di luar pembedaan terhadap anak tersebut

(pasal 96-112 R-KUHP 1991/1992 atau pasal 106-123 R-KUHP 1999/2000). Sementara itu penilaian hukum sebagai tidak mampu bertanggung jawab atas orang yang sedang tidur yang berbuat tindak pidana, R-KUHP hanya mengkonsepkannya secara implisit termasuk ke dalam kategori orang yang mengalami gangguan jiwa. Konsep demikian sesungguhnya dapat melahirkan ketidak pastian hukum. Sebab dalam kenyataan orang tidur yang berbuat tindak pidana tidaklah selalu karena ia mengalami gangguan jiwa. Begitu juga anak yang ditetapkan sebagai dapat dipidana/dikenai tindakan dalam usia tertentu tersebut, dalam kenyataan tidaklah dapat digeneralisir untuk semua kasus anak delinkuen. Berdasarkan hal ini maka dalam rangka pembangunan hukum yang lebih dapat mempertegas urgensi kepastian hukum, ajaran Islam mengenai status hukum dua kelompok orang tersebut (yaitu anak kecil dan orang yang sedang tidur sebagai orang-orang yang secara eksplisit normatif dinilai tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab), hendaknya dapat diakomodasikan dalam penyempurnaan penyusunan R-KUHP Baru mendatang. Terlebih lagi mengingat hal itu sesungguhnya memang sudah berkembang dalam praktek peradilan selama ini. Selanjutnya hal yang berkaitan dengan *pokok pemikiran mengenai beberapa asas penyimpangan terhadap ajaran universal dalam pertanggung jawaban pidana* (seperti *asas corporate responsibility, strict liability dan vicarious liability*), dapat ditagaskan di sini bahwa konsep-konsep yang telah ditetapkan sebagai

kebijakan dalam R-KUHP baru tersebut memang tidak tercermin secara eksplisit dalam pemikiran Islam, paling tidak sebagaimana yang dapat ditelusuri dalam tekstualitas qur'an / hadits maupun khasanah tradisi fiqih jinayat. Namun demikian, mengingat landasan pemikiran mengenai konseptualisasi asas-asas penyimpangan di atas adalah sebagai respon hukum atas berkembangnya fenomena kejahatan-kejahatan baru demi kemashlahatan kehidupan manusia dan pencegahan kerusakan/kerugian yang dapat menimpa manusia, maka hal demikian ini sebenarnya adalah suatu konsep pemikiran yang sangat islami karena sejalan dengan tujuan inti disyari'atkannya hukum Islam yakni "*jalbul mashaalihi wa dar'ul mafaasidi*". Sebab seperti diketahui, fenomena berupa kejahatan korporasi yang melahirkan konsep *corporate responsibility* misalnya, adalah realitas kejahatan yang sangat destruktif sehingga tentu bertentangan dengan tujuan disyari'atkannya hukum Islam di atas. Oleh karenanya maka tradisi pemikiran fiqih jinayat (hukum pidana menurut Islam) di masa mendatang justru membutuhkan keberanian para intelektual muslim untuk melakukan ijtihad baru dengan menegaskan bahwa berbagai asas tersebut pun adalah asas yang sesungguhnya tercakup dalam ajaran hukum Islam. Hal ini sekaligus untuk menunjukkan pula karakter hukum Islam yang benar-benar fleksibel, responsif dan antisipatif terhadap setiap perkembangan sosial baru sebagaimana ditegaskan dalam poin kesimpulan terdahulu. Terlebih lagi, beberapa asas penyimpangan terhadap

prinsip ajaran pertanggung jawaban pidana di atas pada dasarnya tidak berbeda jauh dengan asas *Structural Responsibility* (pertanggung jawaban pidana secara struktural) yang “embrio” konsepnya sebenarnya sudah digariskan dalam ajaran Islam. (Simak kembali uraian mengenai konsep *Diyat Mukhoffafah* / ganti rugi sebagai sanksi pidana dalam kasus tindak pidana qishash karena alpa atau serupa sengaja. Dalam hukum Islam, kewajiban pembayaran atas pidana ganti rugi di atas, tidak saja dibebankan kepada pelaku kejahatan qishash saja, tetapi juga kepada keluarga pelaku bahkan kepada negara melalui *baitul maal*-nya. Konsep demikian ini dapat diartikan sebagai pemikiran tentang perluasan pertanggung jawaban pidana yang tidak saja mengenai pelaku kejahatan tetapi juga mengenai orang lain yang tidak melakukan / terlibat kejahatan sama sekali. Namun ia secara moral dan struktural seharusnya ikut bertanggung jawab atas pencegahan terjadinya kejahatan tersebut. Konsep perluasan pertanggung jawaban ini walaupun tidak sama tetapi kiranya dapat disejajarkan dengan konsep pertanggung jawaban korporasi di mana pelaku kejahatan yang sesungguhnya bukanlah korporasi itu sendiri melainkan orang-orang atau pengurus dari korporasi tersebut. Untuk lebih memahami pemikiran Islam tentang structural responsibility ini, perhatikan pula kandungan makna Q.S Al-Anfaal:25 “*Wattaquu fitnatan laa tushiiibanna alladziina dhalamuu minkum khaashshatan*”. Artinya, dan takutlah engkau terhadap siksaan (baca: adzab/derita/pidana) yang tidak

dikhususkan menimpa orang-orang yang dhalim saja di antara kamu. Simak juga hadits riwayat Imam Abu Dawud dan Imam Ahmad yang berbunyi: “*Maa min qoumin ya'maluuna bil ma'aashie wafiihim rajulun a'azzu minhum waamna'u laa yughayyiruhu illa 'ammahumullaahu bi'iqaabin au ashaabahumul 'iqaab*”. Inti kandungan makna hadits ini pada dasarnya adalah senafas dengan Q.S Al-Anfaal:25 di atas. Maksudnya ialah Allah sungguh mencela orang yang disekitarnya ada atau bahkan merajalela kemaksiatan (baca: kejahatan) tetapi ia tidak berusaha mencegahnya. Oleh karena itu maka manifestasi dari pencelaan tersebut Allah mengancam akan meratakan adzab/siksa (baca: pidana) sebagai akibat dilakukannya kejahatan walaupun hanya oleh sebagian dari mereka. Konsep Islam tentang *Structural Responsibility* ini sesungguhnya mengandung pesan agar semua pihak merasa bertanggung jawab dan oleh karenanya harus berhati-hati agar tidak mudah terjadi tindak pidana yang merugikan pihak/kepentingan lain. Selain itu konsep tersebut juga menyiratkan suatu komitmen kuat dari Islam dalam menawarkan hukum-hukumnya yang *victim oriented* dan sekali gus juga memperlihatkan kebijakan hukum yang lebih menekankan orientasi *prevention of crime* dari pada *repression of crime*. Karena melalui konsep *Structural Responsibility* ini, usaha pencegahan kejahatan harus dilihat sebagai tanggung jawab dan kewajiban oleh semua pihak, bukan oleh aparat semata. Kalaupun suatu kejahatan terlanjur sudah terjadi, maka konsep perluasan

pertanggung jawaban tersebut juga mengandung maksud untuk lebih menjamin terpenuhinya hak-hak korban kejahatan dalam proses penegakan hukum. Mengingat konsep di atas belum tampak dalam RUU KUHP mendatang, maka ajaran Islam tersebut kiranya cukup signifikan dan urgen diakomodasikan. Terlebih lagi ilmu viktimologi yang penting untuk membangun sosok hukum yang *victim oriented* dengan manifestasi antara lain sebagaimana tercermin dalam konsep Structural Responsibility tersebut, dewasa ini telah menjadi ilmu bantu hukum pidana yang sangat menunjang perumusan kebijakan penanggulangan kejahatan di masa-masa mendatang.

9. Dalam masalah sanksi pidana dan pemidanaan, ada beberapa hal yang ditekankan sebagai pokok-pokok pemikiran, yaitu: (a) konsep mengenai stelsel pidana, (b) konsep mengenai falsafah dan tujuan pemidanaan, (c) konsep mengenai pedoman pemidanaan dan (d) konsep mengenai kewenangan hakim dalam pemidanaan. Dalam *masalah stelsel pidana*, kebijakan R-KUHP Baru mendatang yang menetapkan kedudukan *pidana mati* sebagai pidana khusus yang eksepsional (di luar stelsel pidana pokok) dan *pidana pembayaran ganti kerugian* yang hanya sebagai pidana tambahan, dapat dinilai sebagai cermin kurangnya perhatian hukum terhadap korban kejahatan khususnya yang bersifat langsung dan individual. Karena konsep R-KUHP yang memposisikan ke dua jenis pidana tersebut dalam kedudukan seperti di atas implementasinya cenderung bersifat fakultatif. Artinya penjatuhannya

tergantung penuh kepada perlu tidaknya menurut pertimbangan-pertimbangan hakim sebagai pemilik hak/kewenangan. Betapapun korban kejahatan sangat menginginkan penjatuhan ke dua jenis pidana tersebut. Sedangkan menurut Islam ke dua jenis pidana di atas yang dikenal dengan nama *pidana qishash* dan *pidana diyat*, dikonsepskan sebagai pidana pokok yang penjatuhannya diserahkan sepenuhnya kepada korban atau keluarga korban sebagai pemilik hak. Berdasarkan hal ini maka terlihat dengan jelas bahwa konsep hukum pidana Islam dapat dikatakan lebih kuat dalam komitmen mengenai masalah perlunya perhatian hukum terhadap korban kejahatan sebagai pihak yang memang langsung, nyata dan pertama kali merasakan akibat suatu kejahatan. Oleh karena itu, apabila hukum pidana Indonesia ke depan benar-benar dikehendaki sebagai sosok hukum yang *victim oriented* (memperhatikan secara proporsional terhadap korban kejahatan), maka konsep Islam di atas kiranya patut dipertimbangkan sebagai bahan untuk diakomodasikan dalam pengkajian ulang dan penyempurnaan R-KUHP Baru mendatang. Hal ini mengingat perspektif viktimologi dewasa ini memang menjadi kecenderungan internasional yang ikut “mewarnai” konsep-konsep hukum pidana modern, sehingga pembaharuan KUHP pun idealnya juga harus beradaptasi dengan kecenderungan internasional tersebut. Karena alasan adaptif merupakan salah satu latar belakang diadakannya pembaharuan KUHP Indonesia. Selanjutnya dalam *masalah falsafah dan tujuan pembedaan*, sebagaimana imbas

konsepnya tercermin pula dalam kebijakan mengenai *pedoman pemidanaan*, pandangan R-KUHP Baru mendatang tampaknya terlalu berorientasi kepada konsep pemidanaan yang memberikan perhatian terhadap pelaku kejahatan. Akibatnya perhatian yang seharusnya diberikan terhadap korban kejahatan khususnya yang bersifat individual, justru menjadi kurang. Hal ini antara lain dapat dilihat pada lima poin tentang tujuan pemidanaan, di mana apabila diperhatikan tiga di antaranya merupakan rumusan-rumusan yang sangat “protektif” dan berkesan “memanjakan” terhadap terpidana sebagai pelaku kejahatan. Misalnya ketentuan yang berbunyi bahwa: *pidana harus dapat memasyarakatkan kembali si terpidana hingga menjadi orang yang baik dan berguna, pidana harus bisa membebaskan rasa bersalahnya dan pidana tidak boleh menderitakan dirinya*. Begitu pula kebijakan mengenai pedoman pemidanaan, baik yang bersifat umum maupun pedoman untuk penerapan tiap-tiap jenis sanksi pidana beserta konsep-konsep pasal tentang individualisasi pidana. Semuanya itu secara sempurna sangat mengesankan bangunan hukum pidana Indonesia mendatang yang *offender oriented* (terlalu memperhatikan terpidana sebagai pelaku kejahatan beserta kepentingan-kepentingannya). Sementara perhatian terhadap korban kejahatan, walaupun ada tetapi terkesan tidak maksimal. Hal ini berbeda sekali dengan ajaran Islam yang menghendaki suatu pemidanaan yang bisa memancarkan efek utilitas (kemanfaatan) secara seimbang baik kepada pelaku kejahatan, korban

kejahatan (individual) maupun kepada masyarakat luas. Ajaran Islam yang dimaksud adalah sebagaimana tercermin dalam konsep tentang fungsi pemidanaan baik yang bersifat *zawaajir* maupun yang bersifat *jawaabir*. (Lihat kembali pembahasan tentang falsafah dan tujuan pemidanaan menurut Islam dalam Bab terdahulu). Dalam konteks demikian, maka kebijakan pembangunan hukum pidana di masa datang kiranya perlu diformat dengan cara menyeimbangkan antara konsep yang *offender oriented* dengan yang *victim oriented*. Untuk itu maka pemikiran Islam seperti tampak pada konsep mengenai stelsel pidana dan tujuan pemidanaan di atas, relevan sekali untuk dikontribusikan dalam penyempurnaan R-KUHP Baru mendatang. Caranya antara lain ialah dengan menempatkan jenis-jenis pidana yang *victim oriented* seperti pidana mati dan pidana ganti rugi menjadi sanksi yang berkedudukan sebagai pidana pokok. Selain itu perlu pula dikaji ulang untuk menyusun kembali konsep tentang tujuan pemidanaan yang berorientasi pada pemberian perhatian secara seimbang dan proporsional baik kepada korban maupun pelaku kejahatan. Kemudian, konsep berikutnya ialah yang berkait dengan pemikiran *mengenai kewenangan hakim dalam pemidanaan*. Dalam hal ini dapat ditegaskan bahwa antara konsep Islam dengan R-KUHP Baru sesungguhnya sama-sama menggariskan kebijakan yang cenderung memberikan kewenangan besar pada hakim. Perbedaannya ialah, kalau dalam R-KUHP Baru pemberian kewenangan besar tersebut “dipagari” dengan

diadakannya ketentuan mengenai pedoman pemidanaan yang cukup terperinci sehingga dapat menjadi "*guidence*" bagi hakim dan dapat menghindari terjadinya praktek implementasi kewenangan yang "liar". Sedangkan dalam konsep Islam, implementasi kewenangan besar yang dimiliki hakim tersebut diserahkan "pemagarannya" oleh integritas moral dan komitmen keadilan hukum yang ada pada diri masing-masing hakim. Berdasarkan komparasi seperti ini, kiranya kebijakan R-KUHP tentang pedoman pemidanaan sebagai "pagar" terhadap besarnya kewenangan hakim di atas, justru dipandang perlu untuk dikembangkan dalam pemikiran konsepsional hukum pidana Islam mendatang. Pertimbangannya ialah mengingat kenyataan kualitas dari integritas moral para hakim dewasa ini yang masih cukup memprihatinkan (setidaknya apabila diukur dari vonnis-vonnis peradilan selama ini) sehingga tentu diperlukan adanya semacam "*guidence*" bagi hakim saat mengimplementasikan kewenangan besarnya tersebut. Di samping itu, *guidence* atau pedoman pemidanaan tersebut juga urgen apabila ditinjau berdasarkan pertimbangan demi kemashlahatan dan pencegahan mafsadah yakni agar bisa terwujud suatu putusan hakim yang benar-benar berkeadilan bagi semua.

B. SARAN / REKOMENDASI

Konsep hukum pidana Islam yang telah ditegaskan dalam beberapa point kesimpulan di atas, khususnya yang secara komparatif menunjukkan adanya “nilai plus” dibanding konsep menurut R-KUHP Baru, diharapkan dan sekali gus juga direkomendasikan agar dapat terakomodasi sebagai sumbangan hukum pidana Islam bagi penyempurnaan penyusunan KUHP Nasional mendatang. Rekomendasi di atas perlu ditegaskan, mengingat beberapa konsep Islam baik yang berkait dengan masalah tindak pidana, pertanggung jawaban pidana maupun sanksi pidana sebagaimana telah dikemukakan kajiannya terdahulu, secara konseptual filosofis maupun praktis memang sangat signifikan untuk dikontribusikan. Harapan dan tujuannya ialah agar di masa mendatang Indonesia benar-benar memiliki suatu KUHP yang mendekati “ideal” sebagaimana dicitakan oleh seluruh elemen bangsa.

Adapun bentuk kontribusi hukum pidana Islam bagi penyempurnaan penyusunan KUHP Baru tersebut agar benar-benar aplikatif, kiranya perlu dikongkritkan dalam wujud implementasi kebijakan legislatif (perumusan aturan normatifnya) yang kurang lebih dapat dikemukakan sebagai berikut:

1. Implementasi konsep Islam tentang *Asas Legalitas Materiel*. Ajaran Islam mengenai hal ini direkomendasikan agar dimasukkan dalam Rancangan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP sehingga rumusannya menjadi berbunyi sebagai berikut: “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) di atas, tidak

mengurangi berlakunya hukum tak tertulis yang bersumber dari prinsip-prinsip moralitas agama yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana atas suatu perbuatan yang dilakukannya walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”.

2. Implementasi konsep Islam tentang ***Asas Retro Aktif***, khususnya dalam arti memberlakukan secara surut terhadap hukum yang baru sama sekali ada (maksudnya menjangkau hal/perkara yang diatur di dalamnya yang terjadi sebelum hukum tadi ada). Ajaran Islam mengenai hal ini direkomendasikan agar dimasukkan sebagai rumusan pasal tersendiri yang keberadaannya bersifat melengkapi terhadap Rancangan Pasal 2 yang telah ada dalam RUU sekarang. Jadi Rancangan Pasal 2 menjadi Pasal 3, sedangkan konsep Rancangan Pasal 2 baru yang merupakan kontribusi Islam kurang lebih dapat dirumuskan sebagai berikut: *“Tindak pidana yang terjadi sebelum suatu aturan hukum ada dan setelah ada hukum itu akan diterapkan terhadap tindak pidana tadi, harus benar-benar merupakan tindak pidana yang serius dan membahayakan kehidupan masyarakat luas serta mendesak untuk diselesaikan secepatnya menurut hukum demi terciptanya kemashlahatan bersama”.*
3. Implementasi konsep Islam tentang ***Kualifikasi Tindak Pidana dalam Sistematika Hukum Pidana***. Ajaran Islam mengenai hal ini direkomendasikan agar diserap dalam Rancangan Buku II KUHP mendatang,

sehingga substansi dan sistematika Buku II menjadi berubah dan hanya terdiri dari 2 (dua) bab saja sebagai berikut: ***BAB I tentang Jenis-Jenis Tindak Pidana Yang Bersifat Sangat Mendasar Sebagai Ancaman Terhadap Kehidupan Bersama.*** Dalam bab ini, jenis-jenis tindak pidana tersebut bisa ditentukan dan dirumuskan secara terperinci misalnya ada sekitar sepuluh macam saja sebagaimana konsep Islam tentang Hudud – Qishash yang semuanya hanya berjumlah sembilan macam tindak pidana. Selanjutnya ***BAB II tentang Jenis-Jenis Tindak Pidana Yang Bersifat Tidak Sangat Mendasar Sebagai Ancaman Kehidupan Bersama.*** Dalam bab ini (sebagaimana ajaran Islam tentang Tindak Pidana Ta'ziir), perumusan deliknya tidak perlu ditentukan secara terperinci, namun cukup dengan menguraikan unsur-unsur prinsip dari suatu perbuatan yang bisa disebut sebagai tindak pidana. Misalnya perbuatan tersebut bersifat merugikan / membahayakan kehidupan manusia, bertentangan dengan tujuan pokok kehidupan bersama dan lain sebagainya. Dengan model demikian, maka diharapkan KUHP mendatang akan menjadi suatu aturan hukum yang sangat fleksibel karena bisa merespon setiap perkembangan baru dari kejahatan sekalipun kejahatan tersebut “dikemas” manusia dalam berbagai bentuk sehingga seolah tidak lagi merupakan suatu kejahatan.

4. Implementasi konsep Islam tentang *konsistensi ajaran bahwa tidak ada pidana bagi pelaku kejahatan yang masih dalam tahap niat.* Ajaran Islam

mengenai hal ini direkomendasikan agar diserap dalam penyempurnaan penyusunan KUHP Nasional mendatang dengan cara menghilangkan rancangan Pasal 21 RUU tentang Permufakatan Jahat. Hal ini mengingat bahwa hakekat permufakatan jahat tiada lain adalah niat yang terjadi secara kolektif untuk melakukan kejahatan. Jadi belum berupa suatu kejahatan walau tahap permulaan sekalipun. Dengan demikian penghilangan Rancangan Pasal 21 ini diharapkan bisa mengembalikan konsistensi RUU KUHP yang tidak akan memidana perbuatan seseorang yang belum berupa suatu kejahatan (setidaknya berupa permulaan pelaksanaan kejahatan sebagaimana ditegaskan dalam Rancangan Pasal 17 tentang Percobaan). Selanjutnya untuk mendukung bangunan hukum pidana yang lebih berorientasi pada upaya *prevention of crime* dan bukan *repression of crime*, perlu pula diakomodasikan konsep Islam tentang reward bagi pelaku kejahatan yang atas kesadarannya sendiri telah mau mengurungkan kejahatan yang telah diniatinya tersebut. Secara eksplisit, spirit dari ajaran Islam ini sesungguhnya telah dikonsepskan dalam rancangan pasal 18 RUU. Namun adanya ketentuan dalam ayat (3) dari Pasal 18 tersebut yang intinya tetap mengancam pidana bagi pelaku permulaan pelaksanaan kejahatan sekalipun ia telah mengurungkan sendiri penyelesaian kejahatannya, kiranya perlu ditinjau ulang atau bahkan perlu dihilangkan. Sebab apabila tetap dipertahankan, bukan mustahil akan menjadi ketentuan

yang justru potensial mendorong seseorang untuk menuntaskan kejahatannya karena istilahnya sudah “terlanjur basah”.

5. Implementasi konsep Islam tentang *anak kecil dan orang sedang tidur yang melakukan tindak pidana sebagai orang yang tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab atas tindakannya*. Ukuran dari pengertian anak kecil menurut Islam di sini adalah lebih bersifat psikologis bukan fisiologis (batasan umur). Artinya anak kecil itu ialah anak yang belum matang jiwanya sehingga belum mampu untuk membedakan hal yang membahayakan dan yang tidak membahayakan atau hal yang baik dan yang buruk menurut berbagai norma yang berlaku di masyarakat. Sedangkan orang tidur berbuat tindak pidana yang dimaksud di sini ialah orang yang secara fisiologis tidur dan secara psikologis tidak sadar, namun kenyataannya dalam ketidak sadarannya tersebut ia berbuat suatu tindak pidana. Kedua kelompok orang ini menurut ajaran Islam dinilai sebagai orang yang tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab. Ajaran demikian ini direkomendasikan agar dimasukkan dalam penyempurnaan RUU KUHP mendatang dengan cara menegaskan pengaturannya dalam rancangan pasal mengenai kelompok orang-orang yang dipandang tidak memiliki kemampuan bertanggung jawab. Jadi tegasnya Rancangan Pasal 34 RUU yang sudah ada sekarang ini perlu ditambahkan sehingga bunyi rumusannya menjadi sebagai berikut: “*Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana sedang menderita gangguan jiwa,*

penyakit jiwa, retardasi mental, berada dalam kondisi tidak sadar karena tidur atau berada dalam kondisi sebagai anak kecil yang belum matang jiwanya, tidak dapat dipertanggung jawabkan dan dijatuhi pidana tetapi dapat dikanakan tindakan".

6. Implementasi konsep Islam *tentang kedudukan Pidana Mati dan Pidana Pembayaran Ganti Rugi dalam Stelsel Pidana*. Ajaran Islam mengenai kedua jenis pidana yang populer disebut Pidana *Qishash* dan Pidana *Diyat* di atas, direkomendasikan agar diserap dalam penyempurnaan RUU KUHP mendatang. Caranya ialah dengan menempatkan kedudukan kedua jenis pidana tersebut sebagai pidana pokok, bukan sebagai pidana eksepsional apalagi sebagai pidana tambahan seperti terlihat dalam rancangan yang telah ada sekarang. Pandangan demikian ini penting untuk memperkuat sosok dari bangunan hukum pidana Indonesia di masa depan yang *victim oriented*.
7. Implementasi konsep Islam *tentang tujuan pemidanaan khususnya yang beraspek zawaajir maupun jawaabir..* Ajaran Islam mengenai hal ini, direkomendasikan agar dimasukkan dalam pengkajian ulang untuk menyempurnakan konsep tujuan pemidanaan yang telah ada dalam RUU KUHP sekarang (pasal 50). Karena dalam RUU tersebut tujuan pemidanaannya masih mengesankan secara kuat tentang adanya kecenderungan aturan yang terlalu melindungi bahkan memanjakan pelaku kejahatan (*offender oriented*). Adapun secara redaksional, bentuk

implementasi kebijakan legislatif dari ajaran Islam yang menghendaki keseimbangan antara pemidanaan yang *offender oriented* dengan yang *victim oriented* (seperti tercermin dalam konsep *zawaajir* dan *jawaabir*) dalam RUU KUHP mendatang, kurang lebih dapat dikemukakan rumusannya sebagai berikut:“ *Pemidanaan bertujuan: (a) untuk membalas kejahatan yang dilakukan seseorang dalam rangka menyadarkannya kembali pada kebenaran dan mencegahnya dari pengulangan kejahatan; (b) untuk memberikan peringatan kepada orang lain dalam rangka pencegahan kejahatan; (c) untuk mewujudkan kompensasi kerugian yang diderita oleh korban kejahatan; (d) untuk menegakkan norma dan moralitas hukum dalam rangka memberikan perlindungan terhadap masyarakat; dan (e) untuk menumbuhkan sikap taubat dalam diri pelaku kejahatan.* Rumusan tujuan pemidanaan sebagaimana terlihat pada point huruf “a” sampai dengan “d” adalah merupakan penjabaran dari konsep pemidanaan Islam yang bersifat *zawaajir*. Sedangkan yang terlihat pada point huruf “e” adalah penjabaran dari konsep pemidanaan Islam yang bersifat *jawaabir*. (Lihat kembali uraian mengenai konsep ini pada pembahasan bab terdahulu).

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman, *Beberapa Aspekta tentang Pembangunan Hukum Nasional*, Citra Aditya Bhakti, 1995.
- Abidin, Andi Zainal, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987.
- 'Akkaz, Fikri Ahmad, *Falsafatu al-'Uquubati fi as-Syar'ii'ati al-Islamiyyati*, Syirkah Maktabaatu 'Akkadhi lin-Nasyri wat-Tauzii'i, al-Mamlakatu al-'Arabiyyatu as-Su'udiyah, tanpa tahun.
- Al-Attas, An-Naguib, *Islam dan Sekularisme*, Pustaka, Bandung, 1981.
- Al-Bigho, Mushthofa Diebu, *At-Tadzhiibu fi Adillati Matni Al-Ghayati wa-Taqriibi*, Muassasah 'Ulumul Qu'an, Beirut, 1983.
- Al-Dzarwy, Ibrahim Abbas, *Teori Ijtihad dalam Hukum Islam*, Dina Utama, Semarang, 1993.
- Al-Ghazali, *Al-Mustasyfa minal 'Ilmi al-Ushuli*, Syirkah at-Tiba'ah al-Faniyyah al-Muttahidah, Kairo, 1971.
- Al-Hamdli, Muhammad Hasan, *Mufradaatu al-Qur'an Tafsiru wa Bayaan*, Daar ar-Rasyiid, Beirut, tanpa tahun.
- Al-Husainy, Taqiyyuddin, *Kifayatu al-Akhyari*, Syirkatu al-Ma'ariifi, Bandung, tanpa tahun.
- Ali, Mohammad Daud, *Teori Resepsi dalam Pemikiran hukum Indonesia*, Makalah pada Penataran Dosen Pendidikan Agama Islam se-Indonesia di Jakarta, tanggal 8 Januari 1982.
- _____, *Hukum Islam (Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia)*, Raja Graffindo Persada, Jakarta, 1996.
- Al-Jamiili, As-Sayyid, *Asbaabu an-Nuzuuli*, Daar al-Kitab al-Arabi, Beirut, 1986.
- Al-Jaziry, Abdul Rahman, *Al-Fiqhu 'Alaa al-Madzaahibi al-Arba'ati*, Daar al-Kutub al-Islamiyyah, Beirut, 1990.
- Al-Jurjani, *At-Ta'rifat*, Maktabatu al-Mishri, tanpa tahun.
- Al-Mawardi, *Al-Ahkaam As-Sulthaniyyah*, Babi al-Halabi, Mesir, 1973.

Al-Qardlawi, Yusuf, *Keluasan dan Keluwesan Hukum Islam*, Dina Utama, Semarang, 1993.

An-Na'iem, Abdullahi Ahmed, *Dekonstruksi Syari'ah*, LKiS bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 1994.

Arief, Abdus Salaam, *Fiqh Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Ideal, Yogyakarta, 1987.

Arief, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996.

_____, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1998.

_____, *Kebijakan Kriminal (Criminal Policy)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, tanpa tahun.

_____, *Masalah Pidana Mati dan Pidana Anak dalam Konsep RUU KUHP*, Makalah pada Forum Debat Publik RUU tentang KUHP, diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman dan HAM RI, Jakarta tanggal 27-28 Nopember 2000.

_____, *Pembaharuan Hukum Pidana dan Masalah Kebijakan Delik Aduan*, Makalah dalam Lokakarya "Pembaharuan Hukum Pidana", diselenggarakan oleh DPR-RI, Jakarta, tanggal 29 Juni 1993.

_____, *Pembangunan Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional*, Makalah dalam Seminar Nasional tentang "Islam dan Perubahan Sosial (Kajian Hukum Islam di Indonesia)", diselenggarakan oleh Himpunan Peminat Ilmu Syari'ah (HPIS) Jawa Tengah, Semarang, tanggal 16-18 Oktober 1990.

_____, *Sumber-sumber Nilai Hukum Pidana di Indonesia dan Pengembangannya dalam Konteks Negara Kebangsaan*, Naskah Pidato Sambutan Mewakili Menkeh RI dalam Seminar Nasional bertema "Potret Hukum Pidana Islam : Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif", diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, tanggal 23-24 Juni 1999.

_____, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Ananta, Semarang, 1994.

- _____, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Upaya Re-Orientasi Pemahaman*, Makalah Penataran Metodologi Penelitian Hukum, UNSOED, Purwokerto, tanggal 11-15 September 1995.
- Arifin, Bustanul, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- Ash-Shaabuni, Ali, *Rawaai'ul Bayaani Tafsiru Aayatil Ahkaami*, Daarul Ihyai At-Turaatsi Al-'Arabi, Damaskus, 1980.
- Ash-Shiddiqie, Hasbi, *Filsafat Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1990.
- As-Shan'aani/Al-Kahalani, *Subulu as-Salaam*, Daarul al-Ihyai at-Turaatsi al-Arabi, Kairo, 1960.
- As-Shiddiqie, Jimly, *Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Angkasa, Bandung, 1995.
- As-Suyuuthi, *Al-Jami' As-Shaghier*, Daar al-Kutub, Beirut, 1954.
- As-Suyuuthi, Jalaluddin, *Al-Asybaah Wan-Nadhaair*, Babi al-Halabi, Mesir, 1938.
- As-Syirazy, *Al-Muhadzdaab*, 'Isa Baabi al-Halabi, Mesir, tanpa tahun.
- 'Athiyyah, Muhammad, *Masyru'u Qowainina al-Qishash wad-Diyat wal-Hudud as-Syari'ah*, Daar al-I'tishaam, Beirut, tanpa tahun.
- Atmasasmita, Ramli, *Latar Belakang Penyusunan RUU Pengadilan HAM di Indonesia*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Urgensi Pengadilan HAM*, diselenggarakan oleh PUSHAM-UII Yogyakarta bekerjasama dengan ELSAM Jakarta, tanggal 18 Oktober 2000.
- 'Audah, Abdul Qadir, *At-Tasyrii'u Al-Jina'iyyu Al-Islamie*, Maktabah Daar al-Kutub, Beirut, 1963.
- Az-Zuhaily, Wahbah, *Al-Fiqhu Al-Islami wa Adillatuhu*, Daar al-Kutub, Beirut, 1987.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, (Simposium), diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman RI (c.q BPHN) bekerjasama dengan Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 28-30 Agustus 1980.
- Bahansi, Ahmad Fathi, *Al-Qishaashu fi al-Fiqhi al-Islamie*, As-Syirkah al-'Arabiyyah li at-Tiba'ah wan-Nasyr, Kairo, 1964.

- _____, *Al-'Uquubatu fi al-Fiqhi al-Islamie*, Daar al-Kutub, Mesir, 1958.
- _____, *As-Siyaasah Al-Jinaaiyyah fi As-Syarri'ah Al-Islaamiyyah*, Maktabah Daar al-Ghuruubiyah, Kairo, 1965.
- Basyir, Ahmad Azhar, *Ikhtisar Fiqih Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1982.
- _____, *Asas-asas Hukum Mu'amalat*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1987.
- _____, *Hukum Adat Bagi Ummat Islam*, Nur Cahaya, Yogyakarta, 1983.
- _____, *Pokok-pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*, Penerbit Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1984.
- Biro Mental Spiritual (TIM), *Tema-tema Pokok Al-Qur'an*, Pemerintah Daerah Khusus Ibu Kota (Pemda DKI) Jakarta, 1994.
- Djazuli, Ahmad, *Fiqih Jinayat (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, Raja Graffindo Persada, Jakarta, 1996.
- Effendi, Satria, *Kejahatan terhadap Harta dalam Perspektif Islam*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam: Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syahid, Jakarta tanggal 23-24 Juni 1999.
- Farhat, Muhammad Na'iem, *At-Tasyri'u Al-Jinaaiyyu Al-Islamie*, Daar al-Ishfahaani, Jeddah, 1972.
- Fariz, Abu al-Hasan Ahmad, *Mu'jam Maqayis al-Lughah*, Mustafa al-Babi al-Halabi, Mesir, 1970.
- Fattah, Hasanuddin A., *Makar dan Murtad dalam Perspektif Hukum Pidana Islam*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam: Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syahid Jakarta tanggal 23-24 Juni 1999.
- Haliman, *Hukum Pidana Syari'at Islam Menurut Ajaran Ahlussunnah*, Bulan Bintang, Jakarta, 1971.
- Hamzah, Andi dan Siti Rahayu, *Suatu Tinjauan Ringkas Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1983.

- Hanafi, Ahmad, *Asas-asas Hukum Pidana Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1990.
- Harahap, Yahya, *Putusan Pengadilan Pidana Sebagai Upaya Menegakkan Keadilan*, Artikel dalam Majalah Yuridika, Edisi Khusus Dies, Tahun VI Desember 1989, Fakultas Hukum UNAIR, Surabaya.
- Hartono, Sunaryati, *Politik Hukum dan Pembangunan Hukum dalam Pembangunan Jangka Panjang Tahap II*, Artikel pada Majalah Hukum PRO JUSTISIA, Fakultas Hukum, UNPAD, Bandung, Edisi Tahun XI No. 4, Oktober 1993.
- _____, *Pembinaan Hukum Nasional pada Pembangunan Jangka Panjang Tahap II dalam Konteks Hukum Islam*, Artikel pada Majalah Mimbar Hukum, edisi No. 8 tahun IV, Oktober 1993.
- Hasan, Sofyan dan Warkum Sumitro, *Dasar-dasar Memahami Hukum Islam di Indonesia*, Usaha Nasional, Surabaya, 1994.
- Hatrick, Hamzah, *Asas Pertanggung Jawaban Korporasi dalam Hukum Pidana Indonesia (Strick Liability dan Vicarious Liability)*, Raja Graffindo Persada, Jakarta, 1996.
- Hazairin, *Demokrasi Pancasila*, Rhineka Cipta, Jakarta, 1990.
- _____, Hazairin, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Husni, Mahmud Najib, *Ilmu al-'Iqaab*, Daar al-Qalam, Mesir, tanpa tahun.
- Hussein, Ibrahim, *Jenis-jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam (Reinterpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan)*, Artikel Sumbangan dalam Buku berjudul *Wacana Baru Fiqih Sosial*, diterbitkan dalam rangka memperingati 70 tahun K.H Ali Yafi, Mizan, Bandung, 1997.
- I Dho'i, Abdul Rahman, *Tindak Pidana dalam Syari'at Islam*, Rhineka Cipta, Jakarta, 1992.
- _____, *Syari'ah Hukum Islam tentang Hudud*, Raja Graffindo Persada, Jakarta, 1996.
- Idris, Taufiq, *Aliran-aliran Populer dalam Theologi Islam*, Bina Ilmu, Surabaya, 1980.
- Ismail, Abi al-Fida', *Tafsiiru al-Qur'an al-'Adhiem*, 'Isa Baabi al-Halabi, Mesir, tanpa tahun.

- Jaad, Samih Sayyid, *Al-'Afwu 'Anil 'Uquubati fil-Fiqhi al-Islami wal-Qanuuni al-Wadl'i*, Daar al-Ilmi, Jedah, 1983.
- Ka'bah, Rifyal, *Hukum Islam di Indonesia*, Penerbit Universitas Yarsi, Jakarta, 1999.
- Kanter, E.Y. dan Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTM, Jakarta, 1982.
- Khallaf, Abdul Wahhab, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushul Fiqh)*, Rajawali, Jakarta, 1989.
- Khan, Waheeduddin, *Islam Menjawab Tantangan Zaman*, Pustaka, Bandung, 1983.
- Kholiq, M. Abdul, *Reformasi Sistem Pemasyarakatan Dalam Rangka Optimalisasi Pencapaian Tujuan Pemidanaan*, Artikel dalam Jurnal Hukum, edisi No.11 Vol.6, 1999, Fakultas Hukum UII Yogyakarta.
- Lamintang, P.A.F, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984.
- _____, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984.
- Luthan, Salman, *Kebijakan Legislatif Mengenai Kriminalisasi Dalam Perundang-undangan Pidana*, Thesis Magister Hukum (S-2), Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.
- Marjino, Hartono, *Menegakkan Syari'at Islam dalam Konteks Keindonesiaan*, Mizan, Bandung, 1997.
- Marsum, *Jarimah Ta'ziir (Perbuatan Dosa Menurut Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1992.
- _____, *Jinayat (Hukum Pidana Islam)*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1988.
- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987.
- _____, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)*, Terjemahan, Bumi Aksara, Jakarta, 1990.
- Mudjono, *Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Pidato Pengarahan sebagai Menteri Kehakiman R.I pada Simposium "Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", diselenggarakan oleh BPHN bekerjasama dengan Fak. Hukum

- UNDIP Semarang, tanggal 28-30 Agustus 1980, Bina Cipta, Jakarta, 1980.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984
- Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*, Naskah Pidato Pengukuhan sebagai Guru Besar Ilmu hukum Pidana pada Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 14 Februari 1990.
- _____, *Fungsionalisasi Hukum Pidana Terhadap Tindak Pidana Korporasi*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Kejahatan Korporasi*, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UNDIP Semarang tanggal 23-24 Nopember 1990.
- _____, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1997.
- _____, *Hal-hal Yang Harus Dipertimbangkan Hakim Dalam Penjatuhan Pidana Dalam Rangka Mencapai Keadilan*, Artikel dalam Majalah Yuridika Edisi Khusus Dies, Tahun VI Desember 1989, Fakultas Hukum UNAIR, Surabaya.
- _____, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985.
- _____, *Perkembangan Tindak Pidana dalam KUHP Mendatang*, Makalah dalam Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi untuk Dosen-dosen Fakultas Hukum PTN/PTS se-Indonesia, diselenggarakan oleh FH-UNDIP, Semarang, tanggal 12-13 Januari 1993.
- _____, *Pertanggung jawaban Badan Hukum dalam Hukum Pidana*, Makalah pada Ceramah Kuliah Umum di Universitas Muria Kudus, tanggal 5 Maret 1990.
- _____, *Pertanggung Jawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Dalam Konteks RUU KUHP*, Makalah pada Forum Debat Publik RUU tentang KUHP, diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman dan HAM RI, Jakarta, tanggal 27-28 Nopember 2000.
- Mushlehuiddin, Muhammad, *Hukum Darurat dalam Islam*, Pustaka, Bandung, 1985.
- Nabhan, Muhammad Faruq, *Al-Madkhal li at-Tasyri' al-Islamie*, Daar al-Qalaam, Beirut, 1981.
- Poernomo, Bambang, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.

- Poerwadarminta, W.J.S., *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1976.
- Praja, Juhaya S., *Hukum Islam di Indonesia : Perkembangan dan Pembentukan*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 1991.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Jakarta, 1980.
- Qal'ahjie, Muhammad Rawwas, *Mu'jam al-Lughat al-Fuqohaa' (Arabie- Inklizie-Afransi)*, Daar an-Nafaaisi, Beirut, 1996.
- Radhie, T. Muhammad, *Permasalahan Hukum islam dalam Perspektif Pembangunan Hukum Nasional*, Artikel dalam Majalah Hukum dan Pembangunan, Edisi No. 2 Tahun XII, Maret, 1982, Fakultas Hukum UI Jakarta.
- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1987.
- Ramulyo, M. Idris, *Asas-asas Hukum Islam: Sejarah Timbul dan Berkembangnya Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Hukum di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995.
- Reksodiputro, Mardjono, *Catatan Untuk Sosialisasi RUU tentang KUHP Khusus Bab III tentang Pidana, Pidana dan Tindakan*, Makalah dalam Debat Publik RUU tentang KUHP, diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman dan HAM RI, Jakarta tanggal 27-28 Nopember 2000.
- _____, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Penerbit Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, UI, Jakarta, 1995.
- Ridlo, Rasyid, *Tafsiiru al-Qur'an al-Kariem*, Maktabatu al-Qahirah, Mesir, tanpa tahun.
- Rosyada, Dede, *Hukum Islam dan Pranata Sosial*, Rajawali Press, Jakarta, 1993.
- Rusyd, Ibnu, *Bidayatu al-Mujtahidi*, Daar al-Fikr, Beirut, tanpa tahun.
- Sabiq, Sayyid, *Fiqhu as-Sunnah*, Al-Ma'arif, Bandung, 1987.
- Sahetapy, J.E., *Hukum Ibarat Musafir dan KUHP Celana Tua Bertambal Sulam*, Artikel pada Harian Suara Pembaharuan edisi tanggal 8 September 1998.
- Saleh, Ismail, *Wawasan Pembangunan Hukum Nasional*, Artikel pada Harian Kompas edisi tanggal 1-2 Juni 1990.

Saleh, Roeslan, *Anatomi Kejahatan Korporasi dan Penanggulangannya*, Artikel dalam Jurnal Hukum edisi No. 2 Vol.I, 1994, Fakultas Hukum UII Yogyakarta..

_____, *Pikiran-pikiran tentang Pertanggung Jawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.

_____, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1983.

_____, *Tentang Tindak Pidana dan Pertanggung Jawaban Pidana*, Kertas Kerja dalam Lokakarya mengenai Masalah Pembaharuan Kodifikasi Hukum Pidana Nasional Buku I, diselenggarakan oleh Badan Pembinaan hukum Nasional (BPHN), Departemen Kehakiman RI, Jakarta, tanggal 13-15 Desember 1982.

Siradj, Khozin, *Hukum Islam: Sejarah Perkembangannya, Aliran-alirannya dan Sumber-sumbernya*, Penerbit Perpustakaan Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 1984.

Soeharto, *Hukum Pidana Materiil (Unsur-Unsur Obyektif Sebagai Dasar Dakwaan)*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993.

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Graffindo, Jakarta, 1985.

Soekanto, Soerjono, *Meninjau Hukum Adat Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1981.

_____, *Penegakan Hukum*, Bina Cipta, Jakarta, 1981.

Soemitro, Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988.

Soetjipto, Adi Andojo, *Kesamaan dalam Pemidanaan*, Makalah pada Lokakarya Mahkamah Agung RI, Jakarta, tanggal 27-29 Maret 1984.

Sudarto, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983.

_____, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, UNDIP, Semarang, 1990.

_____, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Makalah dalam Simposium tentang Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Bina Cipta, Jakarta, 1986.

- Sudirdja, Edi Djunaidi Karna, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan Narapidana*, tanpa nama penerbit, Jakarta, 1983.
- Suma, Muhammad Amin, *Hukum Pidana Islam: Visi, Misi dan Filosofinya dalam Perspektif Qur'an dan Sunnah*, Makalah pada Seminar Nasional tentang *Hukum Pidana Islam : Deskripsi, Analisis Perbandingan dan Kritik Konstruktif*, diselenggarakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Syahid, Jakarta, tanggal 23-24 Juni 1999.
- Supomo dan Joko Sutono, *Sejarah Politik Hukum Adat*, Djembatan, Jakarta, 1955.
- Syahr, Saidus, *Asas-asas Hukum Islam*, Alumni, Bandung, 1996.
- Syalthuth, Syaikh Mahmud, *Akidah dan Syari'ah Islam*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Thalib, Sayuti, *Receptio a Contrario (Hubungan Hukum Adat dengan hukum Islam)*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Utrecht dan M. Saleh Djindang, *Badan Hukum*, Alumni, Bandung, 1987.
- Wisnubroto, Aloisius, *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Thesis Magister Hukum (S-2) UNDIP, Semarang, 1997.
- Yamin, Mohammad, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Yayasan Prapanca, Jakarta, 1959.
- Zahrah, Al-Imam Muhammad Abu, *Al-Jariimah*, Daar al-Fikr al-Arabi, Kairo, 1976.
- Zahrah, Muhammad Abu, *Ushul al-Fiqh*, Daar al-Fikr al-Arabi, 1958.
- Zuhri, Syaifuddin, *Sejarah Kebangkitan Islam dan Perkembangan di Indonesia*, Al-Ma'arif, Bandung, 1979.

Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Jakarta, Edisi 1993/1994.

Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1992.

Undang-undang Dasar 1945.

Ketetapan MPR RI No.II/MPR/1993 dan No.II/MPR/1998 tentang Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN), Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998.

UU No. 14/1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman.

UU No.1/Drt/1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-pengadilan Sipil.

Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (R-KUHP) Tahun 1991/1992, Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 1993.

Naskah Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (R-KUHP) Tahun 1999/2000, Departemen Hukum dan Perundang-undangan RI, Jakarta, 2000.

Harian *Kompas* Edisi Tanggal 27 Desember 1995.

Harian *Jawa Pos* Edisi Tanggal 7 Nopember 2000.
